1048

BIBL. NAZ.
Vitt. Emanuele III
Racc.
di Marinis
C
350
NAPOLI

1120

Digitized by Google

Digitized by Google

# JOSEPHI AVERANII

V. CL. JURISCONSULTI, ET IN ILLUSTRI ACADEMIA PISANA, DUM VIVERET, ANTECESSORIS.

# INTERPRETATIONUM JURIS

LIBRI QUINQUE;

IN QUIBUS MULTA CUM JURIS CIVILIS, TUM ALIORUM VETERUM SCRIPTORUM LOCA NOVA RATIONE ILLUSTRANTUR.

*MULTA ITEM EX ANTIQUITATE ROMANA GRÆCAQUE DOCTE PERTRACTANTUR.*

EDITIO NOVISSIMA

*IN TRES TOMOS DISTRIBUTA*

CUM INDICIBUS, ET VITA AUCTORIS.

TOMUS SECUNDUS.

NEAPOLI

MDCCLXXXII.

SUMPTIBUS VINCENTII DE ALOYSIO.

*SUPERIORUM FACULTATE.*

Digitized by Google

# INDEX CAPITUM

Quæ in Tomo ſecundo continentur.

## LIBER TERTIUS.





Digitized by Google

per competit regressus adversus principalem debitorem. Fidejussori solvere parato præstandæ sunt actiones contra principalem debitorem. Et ex esse debent, quæ exceptione non elidantur. Plura de exceptionibus personalibus.

Cap. IX. Probatur luculenter, in legatis conditionem non retrotrahi. Contrarium in hereditate. In contractibus retrotrahitur sola conditio casualis & mixta. Excipitur pignus conventionale. Ratio differentiæ assignatur. Confutantur argumenta contraria.

Cap. X. Pecunia numerata in omnibus obligationibus, deposito excepto, consideratur ut quantitas, non ut corpus. Probatur in mutuo reddi posse quod acceptum est in alia moneta, nisi ex hoc damnum passurus sit creditor. Pecuniæ numeratio designat æstimationem, non speciem. Demonstratur luculenter vis argumenti a contrario sensu. Refelluntur nonnullæ auctoritates.

Cap. XI. Monetæ mutatio extrinseca vel intrinseca. Moneta extrinsecus mutata mutuatarium teneri ad restituendum tantumdem æstimationis probatur multis argumentis. Contraria diluuntur.

Cap. XII. Mutata intrinsecus moneta, magis placet reddi posse novam monetam, dummodo sit eadem æstimatio. In pecunia non habetur ratio materiæ, sed quantitatis. Pecunia quatenus nobis dominium & usum præbeat substantia & quantitate. A Romanis duobus modis moneta intrinsecus mutata fuit.

Cap. XIII. Creditor oblatam pecuniam recusans est in mora. Ejus tamen detrimentum non est. Genus pecuniæ perire potest; non tamen æstimatio, quæ debetur. Reprobatur Interpretum explicatio.

Cap. XIV. Variæ antiquiorum JCtorum opiniones circa concursum actionum pœnalium. Obtinuit tamen eas invicem non consumi secundum Ulpiani sententiam, quæ Pauli sententiæ præfertur. Proponitur conciliatio Pauli cum Ulpiano.

Cap. XV. Commodator agens actione commodati, & ex ea simplum obtinens, non potest amplius agere actione legis Aquiliæ. Paulus Ulpiano & Cajo contrarius cum iis conciliatur. Expenditur textus noster juxta lectionem Pandectarum Florentinarum.

Cap. XVI. Explicatur copiose, & exornatur celebris regula: Determinatio respiciens plura determinabilia, ea æqualiter determinat: Probatur eam locum habere in dispositionibus, quibus convenit. Contrariis satisfit.

Cap. XVII. Regula superius exposita obtinet in una determinatione plura determinante, quæ in eadem oratione reperiatur. Conditiones ad illam non pertinent. A regula non recedendum, quamvis in utroque determinabili non sit eadem ratio: neque etiamsi per eam determinaretur casus contra id, quod a lege generaliter statutum est.

Cap. XVIII. Proponitur, & multis argumentis confirmatur regula: quod in interpretanda hominis dispositione non est recedendum a scripto, cum ambiguum non est, quamvis discrepet a voluntate: non solum in ultimis voluntatibus, sed etiam in contractibus: Contraria argumenta referuntur, ac confutantur.

Cap. XIX. Proponuntur plures regulæ ad dignoscendum, quandonam scriptum spectandum sit potius, quam voluntas, quando vero a scripto sit recedendum, & voluntas spectanda. Multæ LL. explicantur.

Cap. XX. Verba generalia generaliter sunt intelligenda, quamvis specialia adjiciantur, aut concurrant, quæ restringere possint orationem. Genus plerumque & latius patere, & angustius contrahi potest. Quæ ad genus dilatandum, quæque ad coarctandum accommodata sint.

Cap. XXI. Proponitur, & in utramque partem disputatur quæstio: An generalis dispositio comprehendat etiam ea, quæ improprie in illo genere continentur: Negativa sententia probatur. Cum lex aliquid alteri æquiparat, aliud pro alio accipi potest. Mens disponentis maxime investiganda.

Cap. XXII. Probatur copiose quod genus non comprehendit speciem, de qua nominatim dispositum fuit tam quoad res, quam quoad personas. Contraria diluun-

LIBER

# LIBER QUARTUS.

CAPUT I. *Explicatur copiose* L. heredes mei §. cum ita ff. ad S. C. Trebell. *& ex ea pluribusque aliis confutatur veterum Interpretum ac omnium pragmaticorum sententia, quod testator censeatur voluntatem suam conformare ad dispositionem juris communis, sive statuti. Lex potius voluntati disponentium se accommodat, quam intendat eos ad suam dispositionem conformare. Adversariorum argumentis respondetur.*

CAP. II. *Reprobatur opinio, quod vocatis masculis & fœminis, admittantur soli masculi; fœminæ vero solummodo vocatæ censeantur post masculos. Probatur vero fœminas simul cum masculis esse admittendas. Idem est, quando testator fœminas masculis æquavit, & eas æque ac masculos vocavit. Lex definivit conjunctim vocatos, conjunctim esse admittendos. Personas æqualiter vocatas conjunctim succedere suadet tum vis verborum, tum auctoritas legum.*

CAP. III. *Vocatis filiis, fœminæ vocatæ censentur, nisi testator de solis masculis cogitaverit. De his solis cogitasse conjicitur, cum in alia testamenti parte de filiis masculis locutus est: quod non est repetere qualitatem, sed declarare verbum ambiguum. Hujusmodi conjectura potentior aliis, quæ solent a Doctoribus ferri. Rejicitur regula contraria.*

CAP. IV. *Proponitur, & explicatur regula: hereditas non adita non transmittitur. Quæ sit ratio hujus regulæ investigatur. Heres sive testamentarius sive ab intestato acquirit hereditatem auctoritate legis, vel quæ confirmat testamentarias hereditates, vel ab intestato defert certis personis. Heres ejus, cui delata fuit hereditas, nullum jus habet, quia ei delata non est, neque lex potuit ejus vocationem confirmare. Quæ in contrarium afferuntur, confutantur.*

CAP. V. *Legatum etiam non agnitum ad heredes legatarii transmittitur, eo defuncto, postquam cessit dies legati. In legatis puris, sive in diem relictis cedit dies a morte testatoris, etiamsi non adita fuerit hereditas, nec adiri possit. Conditiones aliæ veniunt ex testamento, & suspendunt diei cessionem, aliæ veniunt extrinsecus, & non suspendunt. In quibusdam legatis cedit dies ab adita hereditate. In legatis conditionalibus dies cedit existente conditione, & non transmittuntur legatario decedente, antequam existat. Conditio certo extitura vivo legatario non impedit transmissionem.*

CAP. VI. *Proponitur quæstio: an fideicommissum universale non agnitum ad heredes transmittatur: in utramque partem disputanda. Negantium sententia producitur, & eorum argumenta refelluntur. Plures LL. explicantur.*

CAP. VII. *Afferuntur fundamenta, quibus probatur fideicommissum universale etiam non agnitum ad heredes transmitti, ea vero tamquam infirma evertuntur, qua occasione nonnullæ LL. explicantur.*

CAP. VIII. *Fideicommissum universale etiam non agnitum ad heredes transmitti constituitur, dum fideicommissarius decedat, postquam dies cessit. Cedere diem ac transmitti legatum vel fideicommissum sunt inter se connexa, ut unum ex altero necessario sequatur. In fideicommissis universalibus dies cedit sicut in legatis, ac fideicommissis particularibus. Examinantur plures LL. hanc sententiam confirmantes.*

CAP. IX. *In obscuris inspicitur, quod verisimilius est. Ad verisimilius judicandum potissime consideranda est natura actus, qui geritur, & quod plerumque fieri solet, & conditione, & pacta adjecta. Exempla afferuntur.*

CAP. X. *Verba obscura intelligenda*

*sunt*

Digitized by Google

*sunt juxta naturam actus*, *& juxta solitum*, *multo magis si hæc fuerint quodammodo indicata*. *Id*, *quod est de natura actus*, *a lege suppletur*, *si desit*, *vel detrahitur*, *si quid abundet*. *Plures LL. recensentur*, *quibus hoc probatur*.

CAP. XI. *Voluntas disponentis*, *si quidem manifesta sit*, *potius observanda*, *quam natura actus*. *Legatum vel hereditas aliter*, *quam juris est*, *dividuntur ex voluntate testatoris*. *In divisione cujusque rei justa proportio inter partes servanda*. *Exempla de ratione dividendæ hereditatis proponuntur*. *Computatio quæ constituitur a Justiniano in* L. cum quæstio 25. C. de leg. *generaliter non obtinet*, *at est in ea ipsa specie dumtaxat observanda*.

CAP. XII. *Disputatur accurate*, *an regula*: *Ex natura contractus voluntatem agentium debemus interpretari*: *vincat alteram*: *Id quod actum fuit sequi debemus*. *In contractibus tria considerantur*, *substantia*, *natura*, *accidentia*. *Si quid contra substantiam actum sit*, *non valet*, *aut in alium contractum convertitur*. *Plura de precario*. *Id quod actum est prævalet*, *si quidem sit contra proprietatem*, *contra quam fieri lex non prohibet*; *natura actus prævalet*, *vel cum id quod geritur*, *est omnino inutile*, *vel cum in alium actum transformatur*. *Plura exempla afferuntur*. *Id quod actum est contra accidentia semper prævalet*. *Hæc regula pluribus aliis præferenda*.

CAP. XIII. *Quæ non intelliguntur*, *pro non scriptis habentur*. *Obscuritas dispositionis versari potest vel circa personam*, *in quam dispositio confertur*, *vel circa rem*, *de qua disponitur*. *Si persona non demonstretur*, *inutilis est dispositio*. *Dispositio incerta valet*, *quotiescumque certa fit ex legis interpretatione*, *vel per electionem a lege*, *vel a disponente concessam*. *Conciliatur* L. 3. §. si duobus 7. ff. de adim. leg. cum L. si fuerit 10. in princ. ff. de reb. dub.

CAP. XIV. *Agitur de obscuritate dispositionis*, *quæ versatur circa rem*, *& eam reddit incertam*. *Si res neque ex certis conjecturis*, *neque ex natura ipsius rei*, *neque ex alia causa certa fiat*, *non valet dispositio*. *Plura exempla afferuntur*, *pluresque LL. explicantur*.

CAP. XV. *Agitur de incerta quantitate*. *Aut incerta est sola quantitas rei*, *aut præter quantitatem incerta quoque est ipsa res*. *Incerta quantitas vitiat solum obligationes rerum*, *quæ numero*, *pondere*, *mensura constant*. *Si quantitas ex eventu certa futura sit*, *obligatio contrahitur*. *Exempla in contractibus*, *hereditatibus*, *legatis*, *in ipsa dote afferuntur*.

CAP. XVI. *Error in quantitate actus non vitiat*, *& voluntas agentis servatur etiam contra scripturam*. *Exempla in hereditate & legatis*. *Error in quantitate pretii vitiat emptionem*, *& venditionem*: *in cæteris contractibus non facile obrepit*. *Plura de duabus scripturis diversas summas continentibus*.

CAP. XVII. *In obscuris*, *si de voluntate non constet*, *quod minimum est sequi debemus tum in stipulationibus*, *tum in legatis*, *tum etiam in sententiis*. *Sententia pro privilegiario*, *& pro paupere an sit præferenda*. *Confutantur argumenta*, *quæ contra hanc regulam afferuntur*.

CAP. XVIII. *Duæ lectiones textus diligenter expenduntur*, *quæ sit verior constituitur*. *Probatur luculenter Scævolæ responsum non fundari in favore piæ causæ*. *Quid pietatis nomine Veteres intelligerent*. *De pietatis officiis*, *quæ ad commercia*, *& ad societatem servandam pertinent*, *tractabant JCti*, *non vero de cultu Deorum*. *Favor causæ piæ juxta præscripta Christianæ Legis is non est*, *ut abducamur a regula in superiore proposita*.

CAP. XIX. *Eadem res pluribus legata aliquando tota omnibus debetur*, *aliquando uni tantummodo*. *Proponuntur species*, *in quibus unum aut alterum locum habet*, *atque uberrime explicantur*. *Plures LL. exponuntur & conciliantur*.

CAP. XX. *Idem corpus bis vel pluries uni legatum*, *si in eodem testamento legetur*, *semel tantum debetur*, *si in duorum testamento*, *ex utroque peti potest*. *Quantitas vero legata in utroque casu multum differt*. *Eadem re omnibus legata*, *omnes concurrunt*, *& inter eos scin-*

Digitized by Google

JOSE-

Digitized by Google

# JOSEPHI AVERANII,

*JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,*

# INTERPRETATIONUM JURIS

## *LIBER TERTIUS.*

### CAPUT PRIMUM.

### *Ad* L. 1. §. *Sed & si Comites* 8. *ff. de extraordin. cognit. &* L. 4. *ff. de offic. adsessor.*

SUMMARIUM.

*I Affertur occasio scribendi.*
*II Comites in quatuor classes distributi.*
*III Qui in provinciam cum Præsidibus proficiscebantur, singulatim comites, generatim cohors appellati.*
*IV Horum in numero Præfectus, qui toti cohorti præerat.*
*V Legati, qui in jure dicuntur adsessores,*
*VI Adsessores omnia peragebant, quæ ad juridicam, & legitimam provinciæ administrationem attinebant.*
*VII Convictores, sive contubernales.*
*VIII Apparitores, quorum nomine plura officia comprehendebantur; præcipue exceptorum, sive actuariorum & notariorum, & n.* XI.
*IX Ex comitibus componebatur cohors Prætoria.*
*X Refellitur sententia Cujacii putantis comites semper accipi pro assessoribus; multæ leges explicantur, & n.* XI. XII.
*XIII Præsidibus eorumque Comitibus supellex ex annona suppeditabatur vasarii & salarii nomine: his postea additum stipendium.*
*XIV Annonæ æstimationem in pecunia percipere poterant, quæ lucellum dicta est. Aliud lucellum a privatis.*
*XV Romam reversi munera seu beneficia accipiebant.*
*XVI Comites pro salariis hypothecam non habuerunt. Veteres parcissimi in hypotheca concedenda.*
*XVII Ratio affertur.*
*XVIII Contraria argumenta diluuntur.*

1 GRavis, & plena concertationum causa fuit dudum in judicio tractata, & inter doctissimos homines acerrime disputata: an familiares Principis pro salario sibi debito haberent tacitam hypothecam; & an præferrentur cæteris creditoribus etiam habentibus expressam, & anteriorem hypothecam. Magna doctrinæ copia in utramque partem est decertatum: eo tandem redacta res est, ut quæsitum fuerit, an olim apud Romanos,



Digitized by Google

Comites Præsidum, & Imperatorum hujusmodi privilegio gauderent. Cum in hoc totius causæ cardo verteretur, interrogatus, quid hac de re sentirem, multa dixi, ac suppeditavi, quæ ad causæ defensionem facere judicabam. Atque hinc arripui occasionem scribendi de Comitibus, quæ modo subjiciam.

2 Comitum varia fuerunt genera. Omnes in quatuor classes distribuo. In prima classe pono eos, qui comitabantur Præsides, Proconsules, & alios, qui ad regendas provincias proficiscebantur. In secunda eos, qui Imperatores in expeditionem prodeuntes, aut peregre proficiscentes comitabantur. In tertia eos, qui ad honorem, ac dignitatem Comitatus evehebantur. In quarta Comites, qui provincias regebant, & gubernabant, qui postremis Imperii Romani temporibus fuerunt introducti.

A primis ordiamur. Præsides multos in provinciam secum ducebant, quorum ministerio utebantur in administranda provincia. Hi singulatim Comites appellabantur: generatim, & universe cohors, seu

3 cohors prætoria. Præsidum nomine hoc omnes provincias regentes comprehendo, ut in *L. 1. ff. de off. Præsid.* omnes enim, qui universas provincias regebant, Comites habebant, seu cohortem. Imo & Legati Proconsulis suos habebant Comites. *L. si quis forte 6. §. si quos comitum ff. de pœn.* ibi: *Si quos Comitum vel Legati sui reos Proconsul invenerit*. Appellabatur autem cohors prætoria, non tam cohors ipsius Prætoris, quam omnium aliorum, etiam Consulis. In rationibus Verris, qui fuit Quæstor C. Carbonis Consulis: *Dedi stipendia, frumenta Legatis, Proquæstoribus, Cohorti Pretoriæ* &c.; refert eas rationes Cic. *Lib. 1. in Verr. c. 14.* & ibi notat Ascon. *Cohorti Prætoriæ, Comitibus consularibus*. Veteres enim omnem Magistratum, cui pareret exercitus, Prætorem appellaverunt: unde & Prætorium, tabernaculum ejus dicitur, & in castris porta Prætoria. Varro quoque *de Lingua Lat. Prætores dicti, qui præirent jure & exercitu*. Prætores etiam fuerunt appellati, qui postea Consules: & Prætor maximus, qui Dictator. Liv. *Lib. VII.*

Superiora Asconii verba demonstrant cohortem prætoriam Comites Præsidis comprehendere. Cic. *Lib. 2. in Verr.* paulo post princ. *Comites illi tui delecti manus erant tuæ*: & deinceps: *cohors tota illa tua, quæ plus mali Siciliæ dedit, quam si centum cohortes fugitivorum fuissent, tua manus sine controversia fuit*. Et infra: *Ex his causis, quas ipse instituerat in consilio, hoc est cum sua cohorte cognoscere*. Item, *auctio facta est, in qua cohors hujus invicta dominata est*. Et passim in ea oratione. Et *in epist. ad Q. Fratrem lib. 1. ep. 1. Quos vero aut ex domesticis convictoribus, aut ex necessariis apparitoribus tecum esse voluisti, qui quasi ex cohorte Prætoria appellari solent* &c. Juven. *Sta. 8. vers. 127.*

> *Si tibi sancta cohors comitum, si nemo tribunal*
> *Vendit Acersecomes.*

Catull. *ep. 28.*

> *Pisonis comites, cohors inanis,*

& inde.

> *Ecquidnam in tabulis patet lucelli*
> *Expensum? ut mihi qui meum secutus*
> *Prætorem refero datum lucello &c.*

Nimirum Catullus dolet, quod ejus amici Verannius, & Fabullus, qui Pisonem Prætorem Comites erant secuti, nihil lucri facerent, sicut nec ipse, qui Memmium Prætorem secutus erat, qui postea a Cæsare reus repetundarum factus est. Memmius igitur omnia, quæ a provincia exigebat, sibi vindicabat, cohorti nihil dabat. Idem *in epigr. 10.* incipit *Varrus*.

Re-

*Respondi id quod erat: nihil neque ipsi,*
*Nec Prætoribus esse, nec cohorti,*
*Cur quisquam caput unctius referret,*

Eadem loquendi forma utitur Cicero *Lib. 2. in Verrem: ut ab illis ipse unctior discederet.* Significat autem nihil quicquam a Provincialibus lucri fecisse neque ipsum, neque Prætores, neque cohortem: caussam deinceps affert, quia provinciales *non facerent pili cohortem*.

Doctissimus Scaliger explicat verbum *prætoribus* pro convictoribus Prætoris & congerronibus. Rectene, an secus, valde dubito. Horat. Serm. 7.

*Persius exponit causam, ridetur ab omni*
*Conventu, laudat Brutum, laudatque cohortem.*

4 Inter Comites Prætoris Verris Cicero recenset Præfectos, Scribas, Medicos, Accensos, Aruspices, Præcones. *Lib. 2. in Verrem.* Sed *epist. 1. ad Attic. Lib. 6.* videtur distinguere Præfectos, & Legatos a Comitibus. *Quid dicam de illius Præfectis, Comitibus, Legatis?* Loquitur de Appio, cui ipse successerat in provinciæ administratione. De Præfecto alibi etiam M. Tullius, in *Lib. 2. in Verr.* ubi narrat prudens Scipionis Africani responsum. *Cum ab eo*, inquit, *quidam vetus assectator, & ex numero amicorum non impetraret, uti se præfectum in Africam duceret, & id ferret moleste: Noli, inquit, mirari, si tu a me hoc non impetras: ego jampridem ab eo, cui meam existimationem caram fore arbitror, peto, ut mecum præfectus proficiscatur, & adhuc impetrare non possum.* Hinc constat non leve munus Præfecti fuisse, qui toti cohorti præerat, eamque in officio continebat: ad similitudinem cohortis militaris. Sæpe enim a Cicerone comparantur, ut cum nominat cohortem Verris *invictam*; cum dicit *comites illi tui delecti*, quod verbum proprie militibus convenit, quorum delectus habetur: cum ait cohortem Verris plus mali dedisse Siciliæ, quam si centum cohortes fugitivorum fuissent, alludens ad bellum servile. Quocirca poterat Præfectus magnam pecuniæ summam a provincialibus extorquere, & Præsidis existimationi labem inferre. Argute Scævola Septumulejo Anagnino roganti, ut se in Asiam Præfectum duceret: *Quid tibi vis insane? tanta malorum est multitudo civium, ut tibi ego confirmem, si Romæ manseris, te paucis annis ad maximas pecunias esse venturum.* Refert id Cicero *in 2. de Oratore*. Horum Præfectorum nusquam in jure nostro fit mentio. Papinianus quidem nominat Præfectum cohortis in *L. Præfectus 63. ff. de rit. nupt.* Sed ille est Præfectus cohortis militaris: auxiliares enim copiæ Præfectos cohortis habebant. Et quia ibi de his agit Papinianus, idcirco confugit ad exemplum tutoris: dubitari enim poterat, an id quod fuerat interdictum iis, qui officium in provincia gerunt, comprehenderet etiam eos, qui præsunt copiis auxiliaribus: ac propterea J. C. non fundat opinionem suam in prohibitione interdicti, sed in exemplo tutoris.

5 Idem Cicero recenset inter Comites etiam Legatos, & quidem pluribus in locis. In *Lib. 2. in Verr. Dedi stipendia Legatis, Proquæstori, cohorti prætoriæ.* Et *Lib. 6. epist. ad Attic. ep. 1.* de Appii Comitibus, cui successerat in administratione provinciæ. *Quid dicam de illius præfectis, comitibus, legatis? etiam de rapinis? de libidinibus? de contumeliis?* Id. *Lib. 1. epist. ad Q. Fratrem ep. 1. Quamquam Legatos habes eos, qui ipsi per se habituri sint rationem dignitatis suæ; de quibus honore, & dignitate, & ætate præstat Tubero, quem ego arbitror, præsertim cum scribat historiam, multos ex suis annalibus posse deligere, quos velit, & possit imitari. Hactenus autem noster cum animo, & benevolentia, tum vero etiam imitatione vivendi. Nam quid ego de Gratidio dicam? quem certo scio ita laborare de existimatione*



Digitized by Google

*tione sua, ut propter amorem in nos fraternum etiam de nostra laboret.* De his quoque nulla in jure nostro mentio. Multa quidem habemus de Legato Proconsulis in titulo *de offic. Proconf.* & alibi: sed de his nihil usquam. Quamobrem quodnam esset eorum officium, hæreo. Quantum tamen conjectura consequi possum, puto fuisse eos, qui in jure nostro dicuntur Adsessores, de quibus agitur in titulo *de officio Adsessorum*. Non abhorret ab hac conjectura Varronis definitio, qui *Lib.4. de Ling. Lat.* Legatos ita describit: *Legati dicebantur, qui lecti publice, quorum opera, consilioque uteretur peregre magistratus.* Non dissentit Cicero *in Vatinium*, qui eos appellat *ministros consilii provincialis*, & subdit: *Quis legatos unquam audivit sine senatusconsulto?* Et in *Lib.2. in Verr.* vocat eos *sodales Prætoris*: *Sodales, viri fortes, Legati tui primo anno te reliquerunt: unus Legatus P. Tadius, qui erat reliquus, non ita multum tecum fuit.* Appianus *Lib.1. bell civ. Legatos Romani appellant, quos provinciarum rectoribus addunt, ut iis subsidio sint.* & Cæsar *Lib.2 comment.* Legatos ait *fiduciariam operam obtinere*, & *Lib.3. eos omnia agere ad præscriptum.* Et Cornel. Nep.
6 *in Vita Attici* ait, *Legatum asseclam esse Prætoris*. *Adsessores* etiam erant ministri consilii provincialis, & socii quodammodo Præsidis: nam & ipsi adsidebant, hoc est, juxta sedebant in tractandis provinciæ negotiis, & omnia fere peragebant, quæ ad judicia, & juridicam & legitimam provinciæ administrationem attinebant. *L.1. ff. de offic. adsess.* Plures erant adsessores, ut constat in jure nostro, plures & Legati. Tres Legatos Q. Fratris nominat Cicero loco supra allegato: tres etiam ad minus Legati Verris, ut modo diximus. Liv. *Decernunt frequentes, ut C. Sulpicius Prætor tres ex Senatu nominet Legatos.* Cicero Proconsul in Ciliciam quatuor duxit Legatos. Studiosi juris erant Adsessores *d. L. 1.* Inter Legatos Q. Fratris nominat Cicero Tuberonem, maximum eo ævo Jurisconsultum. Adsessores de publico salarium accipiebant, ut ex *L. diem functo ff. de off. adsess.* probant communiter DD. item & Legati, ut nominatim in rationibus Verris, quas supra attulimus. Neque mirum cuiquam videatur, quod Cicero semper Legatos eos nominet, nunquam vero Adsessores: hoc enim verbum eo tempore non erat usu adeo protritum: & vix unquam eo usus est M. Tullius. Sane in illa longissima oratione contra Verrem de jurisdictione Siciliensi, in qua judicia omnia Verris diligentissime expendit, & excussit, nunquam Adsessorum mentionem fecit. Atque eo amplius, quod Verres de sua cohorte judices sæpenumero dabat, aut de ejus consilio judicabat. Ibi: *eum judicem, quem commodum erat, præconem, aruspicem, medicum suum dabat.* Et infra: *Hæc copia, quam dico, judicum, cohors non Q. Scævolæ, qui tamen de cohorte sua dare non solebat, sed Caji Verris. Cujusmodi cohortem putatis hoc principe fuisse?* Et rursus: *hominem innocentem a C. Sacerdote absolutum de sententia scribæ, medici, aruspicisque condemnat.* Nusquam autem queritur, quod Adsessorum consilio non fuerit usus. Puto igitur eo tempore Præsidibus Legatos à senatu fuisse datos adjutores publicorum negotiorum: sed cum quidam id munus detrectarent; ut de Attico testatur Cornelius Nepos *in ejus Vita*: quidam eos maximis controversiis extorquerent a Senatu: quidam etiam repugnante Senatu eos eligerent. Cic. *in Vatinium. Quis Legatos unquam audivit sine Senatusconsulto? ante te nemo, post continuo idem in duobus prodigiis Reip. Clodius:* & pro Sextio: *Quos Legatos non modo nullo S.C. sed etiam repugnante Senatu tute tibi legasti*: Puto, inquam, munus Legati desisse paulatim, & in munus Adsessoris translatum, & pro Legatis secum duxisse Adsessores, quos ipsi Præsides eligebant: atque illis Alexandrum Severum salaria constituisse, seu ante



Digitized by Google

ipsum Pescennium Nigrum, qua de re
7 infra. Jam vero ad alios Comites progrediamur. Convictores nominat Cicero in laudata *epistola ad Q. Fratrem*. Hi & contubernales dicebantur, qui tamen in edicto Julii Cæsaris a Comitibus distinguuntur. Sueton. in *Cæsare c.* 42. *Sanxit ne quis Senatoris filius, nisi contubernalis, aut comes magistratus peregre proficisceretur*. Contubernales, id est, quos vocamus *Camerate*. Et huc referenda esse arbitror verba Ciceronis *Lib.* 2. *in Verr. ut quisque te maxime cognatione, affinitate, necessitudine aliqua attingebat, ita maxime manus tua putabatur.* Hi nempe erant Verris convictores, & contubernales, quos Roma secum in Siciliam duxerat, scelerum, & rapinarum adjutores, & administros.

8 Apparitores erant, qui magistratibus apparebant, hoc est, præsto erant ad obsequium, ut ait Servius ad illud *Virgilii Lib.* 12.

> *Hæ Jovis ad solium, sævique in limine Regis*
> *Apparent.*

Hoc nomen & officium comprehendebat Scribas, Accensos, Interpretes, Viatores, Præcones, Lictores, Servos publicos. *Accensi*, qui accire, & arcessere populum, aut concionem jubebantur, quod officium libertis conferri solebat, ut testatur Cicero in laudata epistola ad Q. Fratrem. *Scribæ*, qui rationes publicas, leges, acta omnia describant in tabulis.

9 Ad summam hoc sit constitutum, ex Comitibus componi cohortem prætoriam; cohortem autem nihil aliud esse, quam id quod dicimus *Corte del Commissario*, *Corte del Principe*, Etrusco vocabulo a Latino deducto. Imo & ipsissimum Latinum: nam Latini illud aliquando contrahebant, & *chortem* dicebant pro *cohorte*. Sicut apud Latinos duplex erat hujus vocis significatio; nam & hominum collectionem significabat publicis negotiis inservientem, ut supra diximus, & locum in domo conclusum sub dio, ut cum Martialis nominat *chortis aves*; sic & apud nos in utraque significatione accipitur vox illa *Corte*. Etiam in jure nostro *Comites*, & *Cohors* in eamdem sententiam accipiuntur, ut apparet jungendo *l.* 1. *cum l.* 5. *ff. de Lege Jul. repetund.* In L. 1. *Lex Julia repetundarum pertinet ad eas pecunias, quas quis in magistratu, potestate &c. cepit, vel cum ex cohorte cujus eorum est.* In *L.* 5. *In comites quoque judicum ex hac Lege judicium datur.* Quamobrem Cic. in *l.* 2. in Verr. de Verris cohorte: *Quidquid ab horum quopiam captum est, id non modo tibi datum, sed tua manu numeratum judicari necesse est. Nam si hanc defensionem probabitis, non accepit ipse, licet omnia de pecuniis repetundis judicia tollatis.*

Doctissimus Cujac. *Lib.* 7. *observat.* 10
*c.* 22. in libris nostris semper *Comites* pro Assessoribus accipi affirmat. Id utrum verum sit, valde dubito. Repugnat enim vehementer, quod in laudatis modo Legibus traditum est. Primum enim quis dixerit, cohortem comprehendere solos assessores? Cohortis nomen universam familiam continet. Præterea cui poterit persuaderi, solos Adsessores teneri Lege Julia repetundarum? Annon & alii Comites in idem crimen possunt incurrere? In *L. eadem* 6. *ff. eod. eadem Lege tenetur, qui ob denuntiandum, vel non denuntiandum testimonium pecuniam acceperit*. Pertinet hoc ad officium Apparitoris, aut Accensi. Denuntiare enim testimonium est evocare aliquem, ut certo die compareat in judicio ad dicendum testimonium. Duo enim erant genera testium, voluntariorum, & eorum, quibus denuntiabatur testimonium: hoc est, qui in publicis judiciis vocabantur ad dicendum testimonium, quod, vellent, nollent, di-

cere

Digitized by Google

cere cogebantur, postulante id accusatore. Vide Quinctil. *inst. orator. Lib.*5. *cap.*7. *in princ.* Plin. Cæcil. *Lib.*6. *epistola ad Ursum & L. Lege Julia* 4. *& L. inviti* 19. *ff. de testib.* Qui autem hac de causa pecuniam acceperit, non solum Lege Julia repetundarum tenetur, sed etiam Lege Cornelia *L.ult. ff. de concussion.* Confer amplius Leges quartam & quintam *ff. de Leg. Jul. repet.* In *L.* 4. agitur de iis, quæ pertinent ad officium Adsessoris, quæ recensentur in *L.* 1 *ff. de off.adsess.* At in Lege sequenti agitur de illis, quæ pertinent ad officium aliorum Comitum: & tam hi, quam illi eodem modo tenentur Lege Julia.

Non dissimile argumentum duci potest a *L. Lege Julia* 7. *in fine ff. ad L. Jul. de vi publ.* ibi: *Item quod ad legatos, oratores, comitesve attinebit, si quis eorum quem pulsasse, & sive injuriam fecisse arguetur.* Absurdum plane esset existimare aut solos Assessores posse pulsare aliquem, eumve injuria afficere: aut eos solos teneri Lege Julia de vi, non autem alios Comites. Profecto stomacho sum imbecillior, quam ut hæc concoquere possim. Quid? quod in *L. si quis forte* 6. *ff. de pæn.* tradit Ulpianus, potestne restringi ad solos Adsessores? In §. *si quos comitum* ait Ulpianus: *Si quos comitum, vel legati sui reos proconsul invenerit, utrum punire eos debeat, an successori servare, quæri potest. Sed multa extant exempla, quæ non tantum officialium suorum, nec sub se agentium, verum suos quoque servos pænæ adfecerunt: quod quidem faciendum est, ut exemplo deterriti minus delinquant.* Plura in his verbis sunt observanda. *Primum*, quod hic Ulpianus agit etiam de Comitibus Legati: atqui Legatum Proconsulis Assessores habuisse nusquam legimus. Porro Alexander Severus nec Adsessores Proconsulum admodum probabat, dicens eos esse promovendos, qui per se rempublicam gerere possent, non per Adsessores; ut refert Lampridius *in ejus Vita.* Præterea quis potest opinari in hac lege tribui facultatem Proconsuli puniendi solummodo suos, suique Legati Adsessores, si servos etiam hæc dispositio comprehendit, & usque ad infimum genus hominum descendit? Tertio observanda sunt illa verba *officialium suorum, nec sub se agentium*, quæ omnes comprehendunt. Officiales erant Apparitores, aliique quorum ministerio Præses, vel qui potestatem habebat, utebatur ad exequenda decreta, res judicatas, edicta. Paulus. *Lib.*5. *sentent. tit.* 12. *de jure fisci. Quoties sine auctoritate judicati officiales alicujus bona occupant, vel describunt, vel sub observatione esse faciunt, adito Procuratore injuria submovetur.* Agit hic de officialibus Procuratoris fisci, qui ab Imperatoribus *Cæsariani* nuncupantur in *L. prohibiti* 5. *C. de jure fisci.* Sed & Præsidum ministri officiales dicebantur, qui perpetui erant. *L. Præsidis* 34. *ff. de reb. cred.* ubi legendum: *qui*, non *quia*: non omnes enim officiales perpetui erant. Officium dicitur ab Ulpiano in *L.* 1. *in fin. ff. de quæstion. Potes itaque decreti gratiam facere, & eum (servum) per officium distrahi jubere*: Officium enim pro officialibus sæpe dicebant. In passione S. Mammertis: *Solusque Præses cum suo officio illæsus remansit.* Et in Vita SS. Agapis &c. *Videns ergo Præses, se ab officio suo esse contemptum: & infra; dicam me ita ab officio meo ludibrio habitum. L. si plus* 74. §. 1. *ff. de evict.* juncta *L. si. pigra* 50. *ff. eod. L. officia* 4. *C. de cohortal.* Sicut ministerium pro ministris Paulus. in *L.* 4. §. *quod si urbana ff. de pen. leg. Urbica ministeria, dicimus, & quæ extra urbem nobis ministrare consueverunt*. Lamprid. in Commodo: *Patris ministeria seniora submovit, amicos senes abjecit.* Trebell. *in Claudio*: *Tantum ministeriorum quantum nos ipsi nobis per singulas quasque civitates decernimus.* Jam vero illa verba *sub se agentium* possuntne esse magis generalia? Exem-

Exempla quoque, quibus movetur Ulpianus, non pertinent ad Adsessores, sed ad omnes. Certe Cicero cum nusquam inter Verris Comites nominaverit Assessores, ait: *Si in hominibus eligendis nos spes amicitiæ fefellerit, ut vindicemus, missos faciamus*. Atqui hæc verba referuntur ad Volcatium, qui non erat Adsessor Verris. Et infra acerrime in Verrem invehitur, quod in Volcatium non animadverterit: Præsides enim Comites delinquentes aut puniebant, aut dimittebant. Sueton. *in Neron. cap. 5.* de patre ipsius Neronis ait: *Siquidem comes ad orientem C. Cæsaris juvenis, occiso liberto suo, quod potare, quantum jubebatur, recusaret, dimissus e cohorte amicorum nihilo modestius vixit*. Denique observandum, propositam in hac Lege quæstionem minus habere dubitationis in Assessoribus, quam in aliis Comitibus, quia Assessores, cum ex ea provincia esse non possint, *L. 3. ff. de Offic. assess.* non debere servari successori admodum probabile est, cum abeunte Prætore aut Præside ipsi quoque de provincia decedant. Ad alias Leges expendendas progrediamur.

In *L. Senatusconsulto 16. ff. de offic. Præsid. Senatus consulto cavetur, ut de his quæ provincias regentes, comites aut libertini eorum, antequam in provinciam venerint, contraxerunt, parcissime jus dicatur: ita ut actiones, quæ ob eam caussam institutæ non essent posteaquam quis eorum ea provincia excesserit, restituantur*. Quis potest dubitare, quin hoc Senatusconsulto comprehendantur omnes Comites, cum complectatur etiam libertinos? Quid caussæ est, cur id tribuatur solis Assessoribus, non etiam aliis Comitibus, qui Præsidi ad regendam provinciam sunt necessarii, & reipublicæ operam impendunt? Recte Cicero in aurea illa ad Q. Fratrem epistola Præsidi necessarios esse dicit Apparitores: sine his enim neque justitia, neque provincia potest administrari. Ergone his ministerium, quod reipublicæ præstant, debet esse damnosum? Observandum est enim, quod hic non agitur de aliquo privilegio & lucro captando, sed de damno vitando & non amittendis actionibus. Num id minus merentur Apparitores, quam Assessores? Imo multo magis; nam multo facilius est Assessoribus etiam absentibus in judicio se defendere per procuratores, & actiones, quæ tempore perituræ sunt, intendere, quam Apparitoribus. Neque quisquam putet, in Senatusconsulto Apparitores expressos fuisse nomine libertinorum, secundum id quod a Cicerone traditur in laudata epistola: *non temere, nisi libertis suis deferebant, quibus illi quidem non multo secus ac servis suis imperabant*. Etenim ibi Cicero loquitur de Accenso, cujus munus erat multo dignius, & ideo libertis deferri solebat. Præterea id in usu fuisse refert apud majores, non autem tum temporis, & apparet ex toto verborum complexu, fratrem ejus hoc munus non detulisse libertis suis. Denique si quis non elegisset ad hæc officia libertos suos, vel quod haberet, vel quod non haberet idoneos: num idcirco ejus Apparitores frui non debuissent hoc beneficio, quod non conditioni personarum, sed justissimæ absentiæ caussæ tributum fuit? Ergone quod liberti non essent, absentiæ suæ damnum pati debebant, & impensæ operæ in utilitatem, & commodum reipublicæ? Libertinos igitur adjecit Senatusconsultum, ut comprehenderet etiam eos, quos secum ducebant Præsides ad usum domesticum, & rem familiarem administrandam, de quibus Cicero in laudata epistola: *quos vero aut ex domesticis convictoribus, aut ex necessariis apparitoribus tecum esse voluisti*. Domesticos convictores appellat, quia domi simul cum Præside vivebant & pascebantur. Ac verisimile est, solitos fuisse ad domestica ministeria exercenda ducere libertinos; servis enim munia sordida, ac vilia committebant; libertinis digniora,

Digitized by Google

ra, & sæpenumero hac de causa servos manumittebant, ut iis ad hæc officia uterentur. Hinc sæpe in danda libertate onus imponebant præstandi operas patrono.

Occurrit modo explicandum Jurisconsulti responsum in *L. administrantes* 41. §. *eorum ff. de excus. tut. Eorum, qui reip. causa absunt, comites, qui sunt intra statutum numerum, de tutela, quæ absentibus, aut profecturis delata est, excusantur.* Soline Assessores excusantur a tutelis? Quid Præfecti? quid Medici? quid Haruspices? Ergone Romani, qui omnia auspicato gerebant, indignos excusatione judicabant Haruspices? Sed res est procul ab omni controversia. Dilucide enim id declarat J. C. illis verbis: *comites, qui sunt intra statutum numerum*. Qui sunt isti? nempe omnes, qui non erant supra numerum statutum a legibus. Nimium ne esset in facultate Præsidis, cuicumque libuisset, a publicis oneribus immunitatem præbere: & ne quicumque, vel negotii sui gerendi, vel oblectationis suæ, vel amicitiæ gratia cum Præside proficiscebatur, gauderet illis privilegiis, quæ absentibus Reipublicæ causa tribuebantur, certus numerus Comitibus erat statutus. Valerianus Imperator in *epistola*, quam refert Trebellius in *Claudio*: *Sane scias tantum ei a nobis decretum salarii, &c. tantum ministeriorum, quantum nos ipsi nobis per singulas quasque decernimus civitates*. Et in alia epistola ad *Procuratorem Syriæ* decernit eidem Claudio *notarium unum, venatores duos, carpentarium unum, curatorem Prætorii unum, aquarium unum, piscatorem unum, dulciarium unum, balneatorem unum, coquum unum, mulionem unum*. En! qui sunt intra statutum numerum. Justinianus in *L.* 1. §. *& in officio* 3. *C. de offic. Præf. Prætor. Africæ. Et in officio quidem tuæ magnitudinis, nec non pro tempore viri magnifici Præfecti Prætorio Africæ trecentos nonaginta sex viros per diversa scrinia, & officia militare decernimus. In officiis vero Consularium ac Præsidum quinquaginta homines per singula officia esse sancimus*. In *L.* 2. *C. de apparit. Procos. & Leg. Apparitioni tuæ, & legatorum quadringentos censuimus deputandos de his dumtaxat, quos esse sibi detractos reipublicæ membra non queruntur*. In *L. un. C. de apparit. Comit. Orient. In officio comitis Orientis non amplius, quam sexcenti apparitores habeantur, quos quidem publicis necessitatibus novimus abunde suppetere*. Ergo non infinita facultas dabatur, quoscumque vellent, Apparitores habendi, sed eos dumtaxat, qui necessitatibus publicis possent sufficere. Hinc Cicero vocat eos necessarios Apparitores. Nec poterant eligi, qui alicui ministerio reipublicæ erant addicti. *d. L.* 2. Quamobrem vel ad ærarium deferri vel in commentarium Principis referri debebant, ut gauderent privilegiis eorum, qui reipublicæ causa aberant. *L. abesse* 32. *ff. ex quibus caus. major*. Qui erant supra statutum numerum, illis non gaudebant, quia navare operam reipublicæ non videbantur.

Supersunt aliæ duæ Leges, in quibus agi de Assessoribus non improbabiliter dici potest: Prima est *L.* 4. *ff. de Assess.* Glossa ibi *Comites* exponit *Assessores*, de quibus agitur in eo titulo. Sed in his, quæ pertinent ad antiquitatem, & reconditarum literarum cognitionem, Glossa parum habet auctoritatis. At consentit Cujacius. Et quidem tanti viri auctoritas ipsa me frangeret. Sed cum semper in jure nostro Comitum nomine intelligendos esse solos Assessores sine ulla hæsitatione pronunciaverit, quod falsum esse hactenus demonstravi; non existimo temerarium esse, ab ejus sententia etiam in hujus Legis explicatione recedere. Itaque non sum alienus a sententia Joannis & Angeli, qui etiam hic omnes Comites putant comprehendi. Quid enim causæ est, cur verbum generale ad solos assessores restringamus? Nempe quia in hoc titulo de assessoribus agi-

agitur. Sed quid prohibet etiam de aliis Comitibus agi, si in illis eadem sit ratio, idemque jus constitutum? Si verba generalia Legum ad rubricam, cui subjecta sunt, semper restringere velimus, & explodere ea omnia, quæ ab ea aliena, non modicam partem juris civilis expungemus. Quod autem etiam hac Lege alii Comites præter Assessores comprehendantur, probari potest per *L. Sed addes.* 19. §. *cum quidam ff. Locat.*, *Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is, qui eos conduxerat, decessisset, Imperator Antoninus cum Divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in hæc verba: cum per te non stetisse proponas, quominus locatas operas Antonio Aquilæ solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri, æquum est.* Subinde Ulpianus ad confirmandum hoc Imperatorum rescriptum, subjicit responsum Papiniani de Comitibus, quod habetur in nostra *L.* 4. *ff. de assess.* per eadem verba. Hinc apparet, quod illud Papiniani responsum de Comitibus pertinet etiam ad Exceptores.

11 Exceptores erant Apparitores, & de cohorte prætoria. Erant enim Scribæ, qui excipiebant, & scribebant verba, & dicta loquentis ea celeritate, ut velocitatem dicentis assequerentur. Notis enim quibusdam utebantur, quæ σημεῖα a Græcis, hoc est, signa vocantur. Ea invenisse Ciceronem refert Plutarchus: Mæcenatem Dion Cassius. Harum notarum, & signorum, quæ *siglas* dicebant, meminit Justinianus in *L. ult.* §. *eadem pœna* 22. *C. de veter. jur. enucl.* Ab his notis dicebantur etiam *Notarii*. Titus Imperator in hac arte erat exercitatus in primis. Sueton. *in ejus Vita cap.* 3. *E pluribus comperi, notis quoque excipere velocissime solitum, cum amanuensibus suis per ludum jocumque certantem imitari chirographa, quæcumque vidisset: ac profiteri sæpe, se maximum falsarium esse potuisse.* Hi autem Exceptores scribebant acta judicum, & acta Præsidum. Modestin. in *L. inter eos* 33. §. 1. *ff. ex quib. caus. major. Eos, qui notis scribunt acta Præsidum, reipublicæ causa non abesse, certum est.* Anastasius Imper. in *L. in sacris scriniis* 12. §. *modum. C. de prox. sacr. scrinior. Jubemus pro editione actorum exceptoribus dimidiam solidi partem dari.* In *L. ult.* §. *ult. C. de Castrens. & minister. Advocato quoque fisci, exceptoribus etiam, qui apud arbitros hoc utuntur officio, tertiam duntaxat solidi partem præbituros.* Legebant præterea acta Præsidibus. D. Augustin. *contra Crescon. Lib.* 5. *cap.* 29. *Legantur acta. Zenophilus Consularis dixit: Legantur; & legit N. exceptor ea, quæ Diocletiano imperante acta fuerant.* Quocirca dicebantur etiam *ab actis*, hoc est, Actuarii. Sueton. *in Julio cap.* 55. *Orationes aliquas reliquit, inter quas temere quædam feruntur: ut pro Q. Metello, quam non immerito Augustus existimat magis ab actuariis exceptam, male subsequentibus verba dicentis, quam ab ipso editam.*

Erant ergo Exceptores Actuarii, Notarii, Scribæ. Scribæ autem erant inter Comites Præsidis, & in cohorte prætoria; erant enim ex Apparitoribus. Cic. *Lib.* 3. *in Verrem. de scriba ipsius Verris, cui quinquagesima deducta erat ex pecunia, aratoribus solvenda pro frumento. Sin autem & populus id voluit, & æquum est solvi aratoribus, tuus apparitor parva populi mercede conductus prædabitur?* Et infra. *Qua in civitate C. Catoni, clarissimo viro, consulari homini HS. XVIII. millibus lis æstimata sit; in eadem civitate apparitori tuo esse concessum, ut HS. uno nomine tredecies auferret?* Alii legunt *quatuordecies*, tanti enim erant quinquagesima, quam Scriba Verris deduxerat. Scribam etiam comparat aliis Apparitoribus. *Quamobrem enim scriba deducat, ac non potius mulio, qui advexit? tabellarius, cujus adventu*

*ventu certiores facti petiverunt? præco, qui adire jussit? viator, ac Venerius, qui fiscum sustulit?* Erant enim Scribarum Decuriæ, ex quibus Scribæ Magistratuum desumebantur: & Præsidum Scribæ rationes conficiebant, ut apparet ex hac oratione, & maxime ex epistola ejusdem Ciceronis *Lib. 5. ad fam.epist.* 20. quæ tota est de rationibus confectis a M. Tullio Laurea Scriba Ciceronis. Decuriam autem emebant, ut in eam referrentur, sicuti emebantur aliæ militiæ, de quibus alibi diximus. Id. Cic. *in ead. Orat. Noli hos colligere, qui nummulis corrogatis de nepotum bonis, ac de scenicorum corollariis cum decuriam emerunt, ex primo ordine explosorum in secundum ordinem civitatis se venisse dicunt*. Sugillat hic Scribam Verris, quem ipse in concione annulo aureo donaverat. Secundus enim ordo civitatis est equester, ad quem non pauci Scribæ perveniebant.

Hoc videntur fuisse deterioris conditionis Exceptores Scribis, qui rationes conficiebant, quod hi salarium habebant a publico. Cic. supra: *tuus apparitor parva populi mercede conductus*. Exceptores autem non semper id consequebantur, ut constat ex *L. exceptores C. de numerar.* Nimirum quia multi non erant adscripti militiæ, sed in provincia, hujus erant, hoc munere fungebantur. Cæterum quod Exceptores etiam salarium a publico perciperent, & scholam haberent, & ordine promoverentur ad primiceriatum seu principatum scholæ & officii, probant evidenter *L. 1. §. in schola exceptorum C. de offic. Præf. Africæ. L.ult. C.de apparitor. Præf. Prætor. L.2.C.Theodos. de numer. & actuar.* & hoc salarium gaudebat prærogativa castrensis peculii *L. ult. C. de castrens. pecul. mil. & præfect.* Sed de salario infra dicemus.

12 Superest *L. 1. §. sed etsi comites ff. de extraord. cogn. Sed etsi comites salarium petant, idem juris est, quod in professoribus placet*. Non intelligo, cur restringi debeat ad solos Assessores. Non est id quidem improbabile propter comparationem professorum: sed tamen necessarium non est. Neque enim comparat Comites professoribus quoad exercitium, & munus: sed quoad cognitionem causarum. Videlicet, quod quemadmodum Præses cognoscit de causis professorum, de quibus hactenus dixerat; ita cognoscit de causis Comitum: non quod eadem omnino sit in utrisque ratio: sed quod idem modus cognoscendi in utrisque servatur. Nam & de nutriciis idem extra ordinem jus dicit, *d. l. 1. in fin.* & de usu aquæ, & de rivis, & de equis alienis a sciente possessis *l. 2. ff. eod.* & in multis aliis causis, quas generatim attingit Callistratus in *l. 5. eod.* Quæ nihil commune habent cum professoribus, & Assessoribus. Hoc amplius, si etiam iis, qui non sunt professores, extra ordinem jus dicit, ut ludimagistris, librariis, notariis, tabulariis *d. l. 1. §. Ludi quoque*, cur non & Comitibus? Annon etiam inter Comites sunt librarii, notarii, & tabularii? Ergone jus dicet cæteris, non iis, qui sunt ex cohorte prætoria? Ecquid causæ est, cur dicere debeat jus nutricibus, & tot aliis, qui sunt omnino diversi generis, non autem suis Comitibus, quos ipsi respublica dedit adjutores publicorum negotiorum? Ita describit eos Cicero in *laudata epist. ad Q. Fratrem*. Quid Medici? Quid Haruspices? an erunt deterioris conditionis illi, qui sunt in ministerio Præsidis, quam cæteri omnes, qui privatis locant operas suas. Porro in laudata *L. 1.* in antecedenti §. 7. excluduntur solum opifices, seu artifices artium, quibus proprie merces debetur; de mercedibus autem non cognoscit Prætor aut Præses, sed solum de salariis *l. qui mutuam 56. §. salarium ff. mand. l. 1. C eod. l. creditor 52. §. inter venditorem ff. de Act. Empti*. Comitibus autem salarium debetur: & ideo extraordinaria cognitione peti debet.

Ex-

13 Expositis cunctis Legibus, quæ ad Comites pertinent, de eorum salario pauca subjiciamus. Cic. *Lib. 5. ad Attic. epist.* 10. *Adhuc sumptus nec in me aut publice aut privatim, nec in quemquam comitum. Nihil accipitur Lege Julia: nihil ab hospite: persuasum est omnibus meis, serviendum esse famæ meæ.* Legem Juliam tulit Julius Cæsar Consul cum Bibulo anno DCXI. qua inter alia cautum erat, ut Præsidibus, & eorum Comitibus fœnum, & alia iter facientibus necessaria ministrarent. Idem Cic. *epist.* 16. *ejusd. lib. Levantur tamen miseræ civitates, quod nullus fit sumptus in nos, neque in legatos, neque in quæstorem, neque in quemquam. Scito, non modo nos fænum, aut quod Lege Julia dari solet, non accipere, sed ne ligna quidem, nec, præter quatuor lectos & tectum, quemquam accipere quidquam: multis locis ne tectum quidem, & in tabernaculo manere.* Et *epist.* 21 *Cave putes quidquam homines magis unquam esse miratos, quam nullum teruncium, me obtinente provinciam, sumptus factum esse, nec in Rempublicam, nec in quemquam meorum, præterquam in L. Tullium Legatum: is, cæteroqui abstinens, sed Julia Lege transita, semel tamen in diem, non ut alii solebant, omnibus vicis: præter eam semel, nemo accipit.* Respublica enim magistratibus in provinciam proficiscentibus subministrabat mulos, tabernacula, supellectilem, annonam. Cic. in *Agrar. contra Rullum*. II. *Dat preterea potestatem verbo pretoriam, &c. deinde ornat apparitoribus, scribis, librariis, preeconibus, architectis: præterea mulis, tabernaculis, centuriis, supellectile: sumptum habuit ex ærario, suppeditat a sociis, &c.* Deinceps: *Quid me ista lædunt, scriba, lictor, præco, pullarius?* Hi erant de cohorte prætoria. Quoad tabernacula idem Cicero in *Pison. prope finem: Pellium nomine omnem quæstum illum domesticum, paternumque renovasti.* Quæstor enim ex ærario pecuniam accipiebat, tum etiam a provincialibus tributorum, & vectigalium nomine exigebat. Prætor autem per mancipes ea omnia suppeditabat tum sibi ipsi, tum suis Comitibus, tum etiam militibus, quibus militaris annona dabatur. Cic. *eod. loco*, objurgat Pisonem, quod pecuniam acceptam ab ærario Romæ in quæstu reliquisset. *Nonne sestertium centies, & octogies, quod quasi vasarii nomine, in venditione mei capitis adscripseras, ex ærario tibi attributum, Romæ in quæstu reliquisti.* Hanc pecuniam per suum Scribam Prætor in rationes referebat; quas ex Lege Julia in duabus civitatibus ejus provinciæ, quam administraverat, perscriptas relinquere tenebatur, & Romæ reversus ad ærarium referre. Et post relatas rationes intra mensem deferre etiam nomina Comitum, & contubernalium. Cic. *in epist.* 20. *lib.* 5. *Liberum enim mihi tempus ad eos deferendos existimabam dari: postea certior sum factus, triginta diebus deferri necesse esse, quibus rationes retulissem.* Et paulo ante: *Scito a me & tribunos militares, & præfectos, & contubernales, duntaxat meos delatos esse.* Contubernales, seu Comites duntaxat suos se detulisse profitetur, non tribunorum: nam & ipsi Comites habebant. Hæc lucem afferunt responso Modestini in *l. abesse* 32. *in fin. ff. ex quibus cauf. major.* ibi: *qui ad ærarium delati, aut in commentarium principis relati sunt.* Delati ad ærarium Comites magistratuum dicebantur, qui ab ipso magistratu deferebantur: hoc enim verbo proprie utebantur, ut ex superioribus Ciceronis verbis apparet. Relati in commentarium principis, qui in eo describebantur, quod nos dicimus, *mettere*, e *scrivere al ruolo del Principe*. Delati autem in ærarium quibusdam beneficiis fruebantur, de quibus infra. Hinc etiam intelligimus ejusdem J. C. responsum in *l. seq.* §. 1. id enim exponi debet de Comiti-

 bus;

Digitized by Google

bus, qui non sunt ad ærarium delati. Horum exemplum apud Ciceronem *lib. 1. in Verrem*. *Accepi vicies ducenta, triginta quinque millia quadringentos XVII. nummos: dedi stipendia, frumenta, legatis, proquæstoribus, cohorti prætoriæ HS. mille sexcenta, triginta quinque millia, quadringentos XVII. nummos: reliqui Arimini HS. sexcenta millia*. Sed hoc exemplum singulare fuit, & acriter a Cicerone reprehensum. Olim igitur supellex & annona Præsidibus ejusque Comitibus suppeditabatur. Lamprid. *in Alexandro Severo*. *Judices cum promoveret exemplo veterum, ut & Cicero docet, & argento, & necessariis instruebat: ita ut Præsides provinciarum acciperent argenti pondo vicena, phialas senas, mulos binos, equos binos, vestes forenses binas, domesticas singulas, balneares singulas, aureos centenos, coquos singulos, &, si uxores non haberent, singulas concubinas &c. reddituri deposita administratione mulas, mulos, muliones, & coquos: cætera sibi habituri, si bene egissent: in quadruplum reddituri, si male*. Morem igitur veterem renovavit Alexander, nisi quod vasario & salario veteri addidit stipendium. Idque deinceps fere semper fuit ab Imperatoribus usurpatum, ut patet ex epistolis Valeriani apud Trebellium *in Claudio*, de quibus supra mentionem fecimus, & ex aliis scriptoribus Historiæ Augustæ. Primus Augustus, cum antea locarentur mancipibus ea, quæ Præsidibus publice attribuebantur auctor fuit, *ut proconsulibus ad mulos, & tabernacula, quæ publice locari solebant, certa pecunia constitueretur*. Sunt verba Suetonii *in Augusto. cap. 36*. Postea Pescennius Niger ad Antoninum, & Commodum scribens consuluit, ut adderent consiliariis salaria, ne eos gravarent, quibus assidebant: dicens, Judicem nec dare debere, nec accipere. Ita Spartianus *in Pescennio Nigro*. Dubitandum tamen, an hujusmodi consilium valuerit apud eos Imperatores; nam Lampridius hoc tribuit Alexandro *in ejus Vita*: *Assessoribus salaria instituit, quamvis sæpe diceret, eos esse promovendos, qui per se rempublicam gerere possent, non per assessores*.

His efficitur tam Comites, quam Præ- 14
sides ipsos salarium, & omne lucrum a publico percepisse. Id autem primum vasarii nomine percipiebant, & cibariorum. Cic. *Lib. 4. in Verr*. *Neminem, qui cum potestate, aut legatione in provinciam esset profectus, tam amentem fore putaverunt, ut emeret argentum: dabatur enim de publico: ut vestem, præbebatur enim legibus: mancipium putaverunt, quo & omnes utimur, & non præbetur de populo*. Et supra ex Lampridio probavimus. Id. Cic. in laudata *epist. 20. debes existimare eo minus ad te, vel de tuis cibariis, vel de mea liberalitate pervenisse*. Cibaria dixit Cicero; nostri annonam vocant. Annona autem comprehendit panem, carnem, oleum, vinum, sal, aliasque species, quas vocabant species cellarienses, hoc est, quæ ex cella penaria promebantur. Item *capitum*, hoc est, pabula animalium, de quibus omnibus in toto *tit. C. Theodos. de erogat. milit. annon*. Pro his speciebus poterant & pretium juxta fori nundinationem accipere *L. procuratores 32. C. Theod. de erog. milit. annon.* Lucellum hoc dicitur a Catullo in epigr. supr.

> *Ecquidnam in tabulis datur lucelli*
> *Expensum? ut mihi qui meum sequutus*
> *Prætorem refero datum lucello*.

Erat & aliud lucellum, quod vel a volentibus provincialibus, ipsis impertiebatur, vel permissu Prætoris ab ipsis exigebant, vel ex sua negotiatione percipiebant. Cic. *Lib. 3. in Verr*. *Age, quid tum? Si Apronio, deliciis Prætoris, lucelli aliquid jussi sunt dare,*

putate

putate Apronio datum, *si Apronianum lucellum, ac non prætoria præda vobis videbitur*. Probat deinceps, tam immanem summam, non Apronii lucellum esse potuisse, sed prædam Verris Prætoris socios expilantis, & provinciam diripientis. Catullus, qui Memmium Prætorem in Bithyniam secutus erat, distinguit id, quod de publico acceperat, ab eo, quod in provincia natum dicitur; & queritur, neutro se locupletatum. Nam cum provinciales Memmium odissent, non pili faciebant ejus cohortem. Præsertim vero, quia Prætor ipse quæstum facere volebat, adeoque mala provincia inciderat Catullo. Quare Romam reversus Prætor, a Cæsare fuit postulatus repetundarum. Itaque Prætores avari, qui omnia sibi arrogabant, aut nihil, aut minimum lucelli Comitibus & cohorti relinquebant. Itaque etiam Pisonis cohors a Catullo inanis dicitur, quia cum Piso provinciales vexasset, & provinciam exhausisset, ut refert Cicero in *Pison. prope fin.* non cum quæstu compendioque dimissa est: nec quicquam a provincialibus abradi potuit, cum ipse Prætor immodicum honorarium extorsisset. Cic. *Qui modus tibi fuit frumenti æstimandi? qui honorarii? Siquidem potest vi & metu extortum honorarium nominari*. Igitur Provinciales honorarium Prætori, aliquid etiam lucelli cohorti ejus attribuere solebant.

15 Tertio Romam reversi cum a Prætore, vel Præside ad ærarium delati fuerant, ex eo beneficia accipiebant. Cic. in sæpe laudata *epistola ad Rufum. Quod scribis de beneficiis, scito a me & tribunos militares, & præfectos, & contubernales dumtaxat meos delatos esse*. Et paulo post. *Sane moleste tuli, non illa beneficia tuæ potius ambitioni reservata esse, quam meæ, qui ambitione nihil uterer*. Et infra: *genus enim horum beneficiorum definitum lege non erat*. Beneficia hæc puto fuisse vacationes, quæ a fisco solvebantur. *Tacit. Lib. 1. Histor. Sed Otho ne vulgi largitione centurionum animos averteret, fiscum suum vacationes annuas exoluturum promisit: rem haud dubie utilem, & a bonis postea Principibus perpetuitate disciplinæ firmatam*. Et non multo post de Vitellio. *Vacationes centurionibus ex fisco numerat*. Hæc beneficia dicuntur solatia in *L. quatuor* 23. *C. Theod. de palatin. sacr. largitionum*. Sunt autem solatia, seu beneficia, quæ solvuntur ex officio exeuntibus, non stipendii causa, sed remunerationis ob gestum officium, vel ab Imperatore in die aliquo solemni beneficentiæ, ac liberalitatis ergo donantur, quæ proprie vocabant strenas, nos *mance*. *In L.* 4. §. 1. *C. de advoc. diversor. judicum.* dicuntur *puncti solatia*, nempe munuscula, quæ solebant largiri imperatores, quæ notata erant in scriniis Præfecti Prætorio. A punctis enim derivatum est *expungere*, & *dispungere*, quod significat rationes putare & pariare, seu pares facere, ac delere *L. in omnibus* 15. §. 1. *ff. de divers. temp. præscr. L. si statu libera ff. de statu lib. L. complures ff. de reb. aut. jud. possid.* & stipendia expungere est privare militem stipendiis *L. ex causa ff. de re militari*. Et expungere nomen debitoris: delere nomen. Plaut. in *Cistell.*

> *Nunc, quod reliquum restat, volo persolvere,*
> *Ut expungatur nomen, ne quid debeam.*

Contrarium *pungere* erit, in rationes referre: quod tamen non est in usu. Erat tamen usitatum nomen puncti: *puncta* enim dicebantur suffragia singulorum civium in comitiis, quia punctis notabantur. Cic. in 2. *Tuscul.* & in *orat. pro Plancio*, & *pro Murena*. Hinc Horat. in *art. poet.*

> *Omne tulit punctum, qui miscuit utile dulci.*

Sed

Digitized by Google

Sed ad solatia revertor. Erant igitur munuscula, quæ conferri solebant iis, qui dimittebantur, aut promovebantur, ob bene navatam operam reipublicæ, quæ & beneficia dicebantur. Utitur hoc verbo non in dissimili casu, id est, tutelæ, Callistratus in *L. a tutoribus* 33. §. *ult. ff. de admin. tut.* Idem verbum in *L.* 3. *C. de agent. in reb.* ubi statuitur, hæc solatia transire ad successores, si per mortem vacaverit officium: & in *L. ult. C. de silentiar.* ubi peculii castrensis jus eis confertur: Etrusce dicimus *paraguanto*. Hinc dicti Beneficiarii. *Tert. Beneficiarii, qui muneribus vacabant beneficio*. Vegetius tamen inter milites beneficiarios ait esse illos, qui beneficio tribunorum promovebantur, qui & Promoti dicebantur, ut in *C. Theodos.* Sed ad rem nostram. Habemus beneficiarios Præsidum, Proconsulum, & aliorum Magistratuum, qui ipsis apparebant, & quorum ministerio utebantur in perquirendis reis, qui & officiales dicebantur, ut constat ex duobus edictis Maximini relatis ab Eusebio.

16 Hæc paulo uberius exposuimus, tum ut Leges juris nostri ad Comites pertinentes, non admodum accurate a nostris explicatas, declararemus: tum ut propositam controversiam & disceptationem de hypotheca & prælatione dirimeremus. Etenim a qua Lege, aut in cujus bonis hæc hypotheca fuit usquam in jure nostro constituta? Nulla Lex est, quæ Comitibus hanc tribuat hypothecam: ac ne vestigium quidem ullum, vel minimum hujus hypothecæ apparet in toto jure civili. Nulla sunt bona, in quibus hæc hypotheca potuerit a jure constitui. Sola Legis auctoritate tacitum, ac legitimum pignus inducitur: & quia plerumque contra voluntatem domini inducitur, Leges in eo concedendo valde restrictæ fuerunt. Tribuit Lex hypothecam in invectis, & illatis in prædium urbanum a conductore, sed ex tacita, ac præsumpta conventione contrahentium *L.* 4. *ff. de pact.* quasi id tacite convenerit inter locatorem, & conductorem *L* 4. *ff. in quib. caus. pign. tac. contr.* Cum enim solerent locatores in locatione domorum sibi cavere de invectis, & illatis, Lex hanc consuetudinem quotidianam confirmavit, & statuit competere hanc hypothecam, etiamsi de ea nominatim non convenisset; quia quæ moris sunt, & consuetudinis, in contractibus bonæ fidei habentur pro expressis *L. quod si nolit.* 31. §. *quia assidua* 20. *ff. de ædilit. edict.* Et cum dubitaretur, an in provinciis idem jus obtineret, Justinianus ad eas extendit in *L. ult. C. in quibus caus. pign. tacit. contr.* idque non sine causa: *tali enim*, ut ipse ait, *justa præsumptione omnes nostros perpotiri declaramus*.

Fiscus quoque habebat tacitam hypothecam *l. aufertur* 46. §. *fiscus ff. de jure fisci l.* 3. *C. de privileg. fisci.* eademque Cæsari tributa fuit. *l. 6. in fin. ff. eod.* Sed utrique propter publicam utilitatem, ut onera publica sustinere possint, & armis tueri rempublicam, & pacis artes promovere. Veteres enim parcissimi fuerunt in largienda hypotheca, cum id vergat in præjudicium aliorum creditorum, & nonnisi gravissima de causa concedebant. Justinianus fuit aliquanto liberalior, eamque doti concessit *l. in rebus* 30. *C. de jure dot.* §. *fuerat. Inst. tit. de act. l. un.* §. 1. *C. de rei uxor. act.* sed in hac publica causa versatur *L.* 1. *ff. sol. matr.* & legatariis, quæ nemini tamen præjudicium affert. *l.* 1. *C. commun. de legat.*

Sed neque veteres, neque ipse Justi- 17
nianus tacitam hypothecam cum prælatione Comitibus usquam dederunt. Nec ulla erant bona, in quibus hypotheca legitime, ac recta ratione constitui posset. Cum enim de publico, ac de ærario salaria Comitibus essent attributa, numquid in pecunia ipsius ærarii, aut in publicis vectigalibus hypotheca erat con-

Digitized by Google

constituenda? At hoc neque ratio, neque publica utilitas patiebatur. Fiscus enim habet tacitam hypothecam cum prælatione in bonis suorum debitorum: non contra, creditores eam habent in bonis fisci. Poterat eis dari in bonis mancipum, qui salaria Comitibus suppeditanda redimebant. Sed in his tacitam hypothecam habebat fiscus, non Comites: neque enim Comites cum mancipe contrahebant, sed quæstor: nec manceps Comitibus, sed quæstori, ac fisco, seu ærario publico obligabatur, *l. ult. C. quo quisque ordine*. Maximo argumento est, quod cum primipilo impositum esset onus solvendi salaria, & annonas militibus, non solum ejus omnia bona erant tacite obligata, sed etiam quod est omnino singulare, dos uxoris, & filiorum bona, etiamsi parentum non sint hæredes. *l. ult. C. de primip. L. Satis notum C. in quib. caus.* Sed non sunt obligata ipsis militibus, sed fisco. *Laudd. LL.* Si salarium militum armatæ militiæ, in qua reipublicæ salus continetur, non habet hoc privilegium, multo minus habere debent milites togatæ militiæ Præsidis, hoc est, Comites pro suo salario.

18 At enim, ajebant advocati Comitum, de salario Comitum cognoscit extra ordinem ipse Præses, sicut de salario professorum *l. 1. §. Sed etsi comites ff. de extraord. cog.* Salarium Comitum habet jus castrensis peculii *L. ult. C. de castrens. pecul. omn. palat.* Etiam diem functo Præside salarium residui temporis debetur. *l. diem functo 4 ff. de assess.*

Sed quid hæc omnia commune habeant cum hypotheca & prælatione, non intelligo. Cognoscit extra ordinem Præses ac Prætor & de usu aquæ, & de medico, qui morbum protrahendo compulit ægrum ad vendendam sibi possessionem *l. 2. & 3. ff de extraord. cogn.* Num idcirco ex his causis competit hypotheca, aut datur prælatio? De multis aliis causis extra ordinem cognoscitur, ut in *d. tit.* habetur, pro quibus non datur hypotheca. Jus castrensis peculii cum hypotheca conjunctum esse nusquam legimus. Etiam donatio Principis habetur pro castrensi peculio *l. eum multa 7. C. de bon. quæ lib.* & tamen nusquam legimus, pro ea dari tacitam hypothecam. Jus castrensis peculii in eo positum est, ut filiofam. in totum acquiratur *§. 1. Instit. t. t. per quas pers. cuique acquir. l. 3. C. de castr. pecul. milit.* & quod in eo pro patrefam. habeatur *l. 2. ff. de S. C. Maced.* non in eo, quod habeat hypothecam, quæ nulla Lege ei datur. Denique quod diem functo Præside Comitibus residui temporis salarium debeatur, nihil ad hypothecam. Annon æquum erat, ut qui Roma proficiscebantur ad Præsidem adjuvandum in publicis negotiis, & sua ipsi negotia, & lucra deserebant, totius temporis salarium perciperent, si non aliis eo tempore Comites fuerint? *d. l. diem functo ff. de assess.*

---

## CAPUT II

### *Ad Easdem LL.*

### SUMMARIUM.

I *Secunda Comitum classis Imperatorem extra urbem sequentium.*
II *Inter hos præcipui contubernales, qui & amici & familiares: ac Comites intra palatium.*
III *Comites intra Consistorium, sive Consistoriani, quos imperator consulebat.*
IV *Consistorii locus, ubicumque Princeps cum Consistorianorum consilio pronunciat.*
V *Comitum ingens numerus: in tres classes distributus.*
VI *Comites etiam distributi in varios ordines officiorum.*
VII *Comes dispositionum: alii Comites.*
VIII *Comes scholarum, qui palatium custodiebat.*
IX *Hypotheca nulli concessa.*
X *Comes sacrarum largitionum, Comes rei privatæ.*

HActenus prima Comitum classis. Sequitur secunda eorum, qui Impe- 1
rato-

ratorem vel Roma proficiſcentem, ac peregrinantem, vel in expeditionibus comitabantur. Hi dicebantur Comites Imperatoris: aliquando etiam amici: aliquando amici & Comites, ſeu amici vel Comites. Horum conſilio atque ope rempublicam adminiſtrabant, reſcribebant de jure, cauſas judicabant, neceſſaria quæque expediebant. Sueton. *in Tito cap. 7. Convivia instituit jucunda magis, quam profuſa. Amicos elegit, quibus etiam poſt eum Principes, ut & ſibi, & reipublicæ neceſſariis acquieverunt, præcipueque ſunt uſi.* Memorat ante convivia, ut puto, quia amicos hoſce in contubernium adſciſcebant. Lampridius *in Adriano*: *Optimos quoſque de Senatu in contubernium imperatoriæ majeſtatis adſcivit.* Quemadmodum etiam Præſides amicis, & Comitibus utebantur convictoribus Cic. *epiſt.* 1. *ad Q. Fratrem*: *Quos vero aut ex domeſticis convictoribus, aut ex neceſſariis apparitoribus tecum eſſe voluiſti.* Hos appellat contubernales *in epiſt.* 20. *lib.* 5. *Scito a me & tribunos mil. & præfectos & contubernales duntaxat meos delatos eſſe.* Igitur etiam amici Comites erant: Sed amici utebantur contubernio Imperatoris, &
2 convivebant: alii Comites non item. Ideo fere ſemper junguntur *amici*, & *Comites*; ſed primo loco amici nominantur, quia familiares Imperatoris & contubernales. Spartian. *in Adriano*: *Cum judicaret, in conſilio habuit non amicos ſolum ſuos, & comites: Sed etiam Juriſconſultos, & præcipue Julium Celſum*, &c. Lamprid. *in Alexandro*: *injuriam nulli umquam amicorum, comitumve fecit.* Familiares etiam dicebantur. Spartianus *in Traja*, ubi de Adriano ſcripſit: *Poſt quæſturam acta Senatus curavit, atque ad bellum Dacium Trajanum in familiaribus ſecutus eſt; quandoquidem & vino indulſiſſe ſe dicit Trajani moribus obſequentem*, ut docte corrigit Salmaſius. Cæterum etiam Conſules habebant ſuos contubernales. Cic. *pro P. Syll. Lucius ille Torquatus cum eſſet meus contubernalis in conſulatu.* De Præſidibus non poteſt dubitari. Idem *pro Cælio*: *Profectus eſt in Africam Q. Pompejo contubernalis*: Idem *pro Planco*: *Adoleſcentulus cum A. Torquato profectus eſt in Africam*: *Sic ab illo dilectus eſt, ut & contubernii neceſſitudo, & adoleſcentuli modeſtiſſimi pudor poſtulabat.* & in Bruto: *Qui ſe illi contubernalem fuiſſe dicebat.* Sueton. *in Cæſare cap.* 2. *Stipendia prima in Aſia fecit M. Thermi Prætoris contubernio: a quo ad arceſſendam claſſem in Bithyniam miſſus, &c.* In veteribus inſcriptionibus fit mentio Comitum intra palatium, & Comitum intra conſiſtorium. Comites intra palatium erant Comites contubernales ſeu amici Imperatoris, qui in palatio habitabant.

Comites intra conſiſtorium erant, qui 3
in conſiſtorio Principi adſidebant. Conſiſtorium erat Synedrium ſeu conſeſſus Imperatoris, unde qui in conſiſtorio adſtabant imperatori, conſiſtoriani dicebantur. *In L.* 5. *C. Theodoſ. de fide teſt. & inſtrum. Pars actorum habitorum in conſiſtorio adſtante Jovio viro clariſſ.mo Quæſtore: Anatolio Magiſtro officiorum Felice Comite S. L. Imperator Julianus A. dixit.* Et in *L.* 8. *cod. Pars actorum habitorum in conſiſtorio apud Imperator. Gratianum, & Valentinianum.* Conſulebat conſiſtorianos Imperator, ipſe autem decernebat: ut apparet in his Legibus, & in *l.* 2. *C. de excuſat. muner. Inductis* (hoc eſt in conſiſtorium) *Firmino & Apollinario, & ceteris principalibus Antiochienſium adſtantibus Sabinus dixit*, & cætera *Diocletianus dixit.* In L. *decurionum* 12. *C. de pœn. Impp. Diocletianus & Maximianus A. A. in conſiſtorio dixerunt. Decurionum filii non debent beſtiis ſubjici; cumque a populo exclamatum eſſet, iterum dixerunt: vanæ voces populi non ſunt audiendæ; nec enim vocibus eorum credi oportet, quando aut noxium crimine*

Digitized by Google

*mine absolvi, aut innocentem condemnari desiderant.* Videtur hoc actum fuisse in ipso theatro, ut recte animadvertit Gothofredus; consistorium enim est, ubicumque Princeps cum consilio consistorianorum pronuntiat, ac decernit: Sicut jus dicitur, ubicumque Prætor salva majestate imperii sui salvoque more majorum jus dicere constituit *l. jus pluribus* 11. *ff. de just. & jur.* Lampridius *in Alexandro Severo*: *Negotia, & caussas prius a scriniorum principibus, & doctissimis juris peritis, & sibi fidelibus, quorum tunc primus Ulpianus fuit, tractari ordinarique, atque ita referri ad se præcepit. Leges de jure populi, & fisci moderatas, & infinitas sanxit; neque ullam constitutionem sancivit sine viginti juris peritis, & doctissimis, & sapientibus viris, iisdemque disertissimis non minus quinquaginta: ut non minus in consilio essent sententiæ, quam senatusconsultum conficerent.* Vide sic, quanta cura negotia tractaret, & Leges conderet hic Imperator.

5 His probe constitutis, perspicuum est, Imperatores non solum peregre proficiscentes, & in expeditionibus Comites habuisse, sed etiam Romæ eos retinuisse, eorumque consilio rempublicam administrasse. Cum autem crevisset eorum numerus, qui in commentarium Principis referebantur, quod nos dicimus, *essere al ruolo del Principe*: eorumque magna dignitas esset; eos omnes in tres classes distribuebant. Erant enim Comites primi ordinis, secundi ordinis, tertii ordinis. Videtur autem id a Tiberio institutum, licet plerique putent a Constantino. Sueton. *de Tiberio cap.* 46. *Una modo liberalitate ex indulgentia vitrici prosecutus, cum tribus classibus factis, pro dignitate cujusque primæ sexcenta sestertia, secundæ quadringenta distribuit, ducenta tertiæ, quam non amicorum, sed gratorum appellabat.* Vides, infimam esse tertiam, dignissimam primam. Lamprid. *in Severo. Moderationis tantæ fuit, ut amicos non solum primi, & secundi loci, sed etiam inferiores ægrotantes viseret.* Amicos, id est, Comites. *Purgaverat enim palatium, comitatumque omnem abjectis ex aulico ministerio cunctis obscænis, & infamibus, quos Heliogabalus ex genere hominum turpissimo provexerat: nec quemquam passus est esse in palatinis, nisi necessarium hominem.* Cum enim alii ante eum Imperatores, ac præcipue Heliogabalus multos palatinis adscripsisset homines nequam, & qui nullo usui erant, neque ullum præstabant servitium, sed honoris tantum, & salarii percipiendi causa in commentarium principis relati erant: ipse *jurejurando constrinxit, ne quem adscriptorum, id est, vacantium haberet, ne annonis rempublicam gravaret, dicens, malum pupillum esse Imperatorem, qui ex visceribus provincialium homines non necessarios, nec reipublicæ utiles pasceret.* His efficitur etiam, tum salarium Comitum in annonis constitutum. Licet enim Augustus in pecunia solverit, ut supra diximus, tamen Tiberius pecuniæ parcus ac tenax ad sola cibaria retraxit. Sueton. *in Tiberio cap. 46. Pecuniæ parcus ac tenax Comites peregrinationum, expeditionumque nunquam salario, cibariis tantum sustentavit.*

6 Distribuebantur etiam Comites in varios ordines officiorum domus augustæ. Primum enim quatuor erant scrinia palatii, memoriæ, epistolarum, libellorum, dispositionum. *l.* 3. *&* 4. *C. de proxim. sacror. scrinior.* Instituta autem fuisse videntur ab Augusto, suggerente Mæcenate, propter multitudinem negotiorum, quæ ab eo tractabantur: ita ut ipse epistolas scriberet ea diligentia, curaque, ut adderet etiam momenta horarum diei, vel noctis, quibus signatæ fuissent: ut refert Sueton. *in ejus Vita cap.* 50. Dion. *lib.* 52. *sub fine.* In scrinio memoriæ militabant viri quinquaginta duo, in aliis triginta quatuor,



Digitized by Google

qui memoriales dicebantur *l. hac parte* 10.
*C. de prox. ſacr. ſcrin.* Qui ipſis præfi-
ciebatur, & erat caput, & princeps officii,
dicebatur Magiſter ſcrinii; qui huic pro-
ximus erat, dicebatur proximus ſcrinii. *l.*
*1. C. de magiſtr. ſacr. ſcrin. l. 1. & toto*
*tit. C. de proxim. ſacr. ſcrin.* Errare vide-
tur Cl. Salmaſius, qui putat, eumdem fuiſ-
ſe magiſtrum, & proximum: nam in *C. Ju-*
*ſtin.* diſtincti ſunt tituli *de Magiſtr. ſacr.*
*ſcrin. & de Proxim. ſacr. ſcrin.* Præterea
in *l. unic. C. de Magiſtr. ſacr. ſcrin.* privile-
gium, quod ab Imperatoribus conceditur
magiſtris ſacrorum ſcriniorum, extendi-
tur ad proximos. Ibi: *Hoc beneficium ad*
*proximos etiam ſacrorum ſcriniorum, & ex*
*proximis volumus propagari.* Item in *l. 1.*
*C. Theodoſ. de Magiſt. ſcrin.* ſtatuitur, ma-
giſtros ſcriniorum præferri. Vicarianæ
poteſtati, cui exæquantur proximi ſcrinio-
rum *l. 2. l. 4.* & paſſim *C. Theod. de proxim.*
7 *comit. cæteriſque &c.* Illud animadverten-
dum, quod princeps diſpoſitionum proprie
non dicebatur magiſter diſpoſitionum, ſed
Comes diſpoſitionum. *l. proximos C. de*
*proxim. ſacr. ſcrinior. & in rubr. C. Theod.*
*de proximis comitibus &c.* Ubi a proximis
ſcriniorum diſtinguitur Comes diſpoſitio-
num: quamquam in *l. 2. ejuſdem tituli*
etiam ipſe vocatur magiſter: qui tamen
dignitate minor erat magiſtris aliorum ſcri-
niorum, & exæquabatur proximis *d. l. 2.*
juncta *l. 1. C. Theodoſ. de magiſtr. ſcrinior.*
Horum opera ſemper eſt uſus Alexan-
der Severus. Lamprid. *in ejus Vita.*
*Poſt meridianas horas ſubſcriptioni, &*
*lectioni epiſtolarum ſemper dedit operam,*
*ita ut ab epiſtolis, & libellis, & a me-*
*moria ſemper aſſiſterent: nonnunquam*
*etiam, ſi ſtare per valetudinem non poſ-*
*ſent, ſederent, relegentibus cuncta libra-*
*riis, & iis, qui ſcrinium gerebant &c.*
Spartian. *in Peſcen. Nigro in fin. Cum hoc*
*ei & Præfecti ſuggererent, & officiorum*
*magiſtri.* Magiſtri officiorum iidem, qui
magiſtri ſcriniorum. Trebell. *in Claudio.*
*Hanc autem epiſtolam ipſe dictaſſe perhi-*
*betur: ego verba magiſtri memoriæ non*
*requiro.* Lamprid. *in Alex. Nam & conſi-*
*liarius Alexandri, & magiſter ſcrinii*
*Ulpianus fuiſſe perhibetur.* Et paulo ante:
*Negotia & cauſas prius a ſcriniorum*
*principibus, & doctiſſimis juriſperitis, &*
*ſibi fidelibus, quorum primus tunc Ul-*
*pianus fuit, tractari ordinarique, atque*
*ita referri ad ſe præcepit.*

Erant præterea Comites rei privatæ,
ſacrarum largitionum, ſacri palatii, ſacri
patrimonii, de quibus agitur in propriis
titulis Codicis Juſtinianei *lib. 1.* Vix potui 8
riſum continere, cum in primarii advocati
conſultatione legi Comitem ſcholarum,
de quo in *l. 3. C. de offic. magiſtr. offic.*
eſſe dapiferum, vel architriclinum, qui
ſumma cura nitebatur parare epulas prin-
cipi ea diligentia, qua ſcholares ſtudent
in ſcholis. Schola erat ordo militantium,
qui palatium cuſtodiebant. *Suid. in verbo*
ὑπερορισμὸς. *& in verbo* σχολάριοι. Erant
3500. ex præſtantiſſimis Armenis in ſcho-
las diviſi, & ideo huic magiſtro parebant,
ac uberius cæteris militibus ſalarium
percipiebant. Idem tradit Procopius in
*Hiſtoria anecdota.* In Orientis imperio
ſcholæ erant undecim, ut conſtat ex *l.*
*ult. C. de locato.* In Notitia Imperii
orientalis octo tantum recenſentur: qua-
tuor ſcutariorum, duæ gentilium, una ar-
maturarum, alia agentium in rebus. Sed
his addendæ ſunt aliæ tres, una ſilentia-
riorum, duæ equitum, ac peditum do-
meſticorum. Ex quibus duæ tantummodo
erant inermes, ſilentiariorum, & agen-
tium in rebus; reliquæ omnes armatæ ſin-
gulæ parebant ſuo Comiti, omnibus au-
tem imperabat magiſter officiorum. Initio
quidem octo dumtaxat ſcholis, de quibus
modo diximus: nam ſcholam ſilentiario-
rum ipſi ſubjecit Xeno Imperator in *l. 4.*
*C. de ſilentiar.* Scholis autem domeſti-
corum peditum, equitumque videtur im-
peraſſe magiſter militum, ut apparet ex
inſcriptione *l. un. C. de venat. ferar.* Sed
de ſcholis obiter. Erant & alii quam-
plurimi Comites, de quibus in noſtro
Codice, & in C. Theod. Sicut & aliæ
ſcholæ

scholæ non solum palatinæ, quæ in imperio occidentali erant septem, sed etiam in provinciis, ut constat ex scholis Præfecti Prætorio Africæ, quæ recensentur in *l.* 1. *C. de off. Præf. Præt. Afric.* Sed hæ nihil ad palatinas.

Venimus jam ad tacitam hypothecam, cujus causa suscepta est omnis hæc disputatio. Enim vero nihil quicquam occurrit in toto jure civili, quamobrem suspicari debeamus, hanc hypothecam Comitibus, & palatinis fuisse concessam. De his, eorumque dignitate, privilegiis, prærogativis, salario, annonis, latissime, exactissimeque agitur in primo Libro Co-
9 dicis Justinianei, nec non in tribus ultimis Libris; itemque in Codice Theodosiano fere per totum: nec usquam hæc illis hypotheca conceditur; nusquam ejus fit ulla mentio; nusquam ipsius vestigium apparet. Quis igitur erit tam temere audax, ut ipsam pro arbitrio velit introducere? Jam vero quid causæ esse poterat, cur Imperatores contra seipsos concederent hujusmodi privilegium iis, quos ad excelsam dignitatem evehebant: quos annonis & salario sustentabant? Porro invenio ab his exactam fuisse ab Imperatoribus satisdationem in *l. privatæ* 14. *C. de murilegul. l. ultima C. Th. de diversis off.* At Imperatores ipsis satisdedisse nusquam lego.

Denique quænam bona huic hypothecæ obnoxia esse dedebant: ærariine, an fisci? Utrumque adeo absurdum, ut nihil magis. Imperatores duplex patrimonium habebant, publicum, & privatum. Illud proprie ærarium: hoc fiscus appellabatur. Plin. *in Panegyr.* hæc recte distinguit. *Fortasse non eadem severitate fiscum, qua ærarium cohibes? Imo tanto majore, quanto plus tibi licere de tuo, quam de publico credis. l.* 2. *§. hoc interdictum C. ne quid in loc. publ. l. procurator. C. de edend. l.* 4. *C. de numerar.* Ærario præerat Comes sacrarum largitionum: fisco Comes rei privatæ. Comes sacrarum largitionum habebat sub se decem scrinia: palatinos quingentos quadraginta sex. Comes rei privatæ, seu privatarum largitionum scrinia quatuor, palatinos trecentos *l. Salutari* 16. *& l. seq. C. Theodos. de palatinis sacrar. largit. & rer. privat.* Sed hæc post Constantinum. Antea sub regibus, & constituta republica pecuniam publicam administrabant Quæstores. Postea Præfecti ærarii creati, qui ærario præessent, tum ad Prætorios, prætoresve transivit hujusmodi munus, & ærarii cura, mandante id Augusto. Claudius autem ipsam collegio Quæstorum reddidit. Nero prætura perfunctos, & experientia probatos delegit. Sed rursus non multo post Præfectis ærario restituta, ut constat ex *l. quidam* 12. *ff. de his quæ ut indig. & l.* 4. *§. Si bona ff. de fideic. libert. L. Senatus* 15. *§. quod si l. Arrianus* 42. *ff. de jure fisci*. Constantinus autem novos hos magistratus creavit, Comitem sacrarum largitionum, & Comitem rei privatæ, penes quos totius pecuniæ publicæ cura erat & administratio: ad hos enim omnia tributa, & vectigalia provinciarum, & pecunia, quæ ex bonis publicatis & vacantibus redigebatur, & ex aliis imperii reditibus deferebatur, & ab ipsis in necessitates imperii erogabatur. Videndi Sueton. *in Augusto c.* 36. *in Claudio cap.* 24. Tacit. *Annal. Lib.* 13. *circa med.* Dion. *Lib.* 54. Summa illuc pertinet, ut intelligamus, ærarium quidem & fiscum habere tacitam hypothecam in bonis privatorum, privatos autem non habere in bonis fisci, cujus creditores erant palatini, a quo annonam, vestes, argentum, strenas percipiebant. *l. olim* 11. *C. Theodos. de palatin. sacr. largit.*

## CAPUT III.

### *Ad Easdem LL.*

### SUMMARIUM.

I *Tres erant ordines dignitatis comitivæ. Comitiva primi ordinis in tres classes distributa.*
II *Pluribus modis acquirebatur.*
III *Comitiva secundi & tertii ordinis.*
IV *Comites alii provinciam regebant, alii militibus præerant. Inter hos Comites & Duces militares, & limitanei.*
V *Comites militares in tres ordines distributi.*
VI *Primi ordinis erat Magister militum, secundi Dux, tertii Tribunus.*
VII *Magister militum subrogatus est in locum Legati.*
VIII *Magistrorum militum varius numerus.*
IX *Inter Comites provincias regentes eminebat Comes Orientis.*
X *Provinciæ Imperatoris Præsidales, Legatoriæ, & Proconsulares.*
XI *Provinciæ populi Proconsulares.*
XII *Provinciis minoribus præerant Perfectissimi. Horum tres ordines.*
XIII *Præsides aliquando Comites.*
XIV *Procurator Cæsaris multifariam appellatus. Ejus amplissima jurisdictio. Exornatur Tacitus 11. Annal. cap. 60*
XV *Exponitur L. 8. §. 19. ff. de pact.*
XVI *Equites & liberti officio Procuratoris Cæsaris functi.*
XVII *Comites annonam de publico habebant, ipsi a Provincialibus exigebant. Cæteros reditus exigebat Procurator Cæsaris, & n. 19.*
XVIII *Cæsaris mandato annona & salaria Comitibus militaribus assignabantur. Elegans hujus rei testimonium.*
XIX *Procurator Cæsaris pecunias collectas erogabat juxta mandata.*
XX *Species ipsæ exigebantur, non æstimatio, quod obsolevit.*
XXI *Postea salaria adærare licuit, imo & stellaturas: stellaturæ olim vetitæ: postea permissæ.*
XXII *Stellatura unde dicatur.*
XXIII *Modus exigendi annonas.*
XXIV *Comes thesaurorum publicæ pecuniæ in Provinciis curam agebat.*
XXV *Comites & administratores nullam hypothecam habebant contra Imperatorem vel fiscum.*

SUpersunt Comites tertiæ classis, qui 1
ad honorem & dignitatem comitatus evehebantur. Horum tres ordines: Comites primi ordinis; Comites secundi ordinis; Comites tertii ordinis. Eorum dignitas comitiva dicebatur; itaque comitivæ erant primi, secundi, & tertii ordinis. Comites primi ordinis rursus in tres classes erant distributi. Alii enim comitivam primi ordinis obtinebant simul cum administratione provinciæ, de quibus in *l. un. C. Theod. de comit. qui provinc. regunt. & l. un. C. Theod. de comit. qui illustr. & l. 1. 2. & 3. C. Theod. de Comit. rei militar.* Alii dicebantur *vacantes*, quibus comitivæ dignitas conferebatur pro præmio bene administratæ provinciæ, de quibus in *l. un. C. de com. vacant.* Alii pretio vel gratia comitivam impetrabant, qui aliis postponebantur, quia licet unum nomen sit, tamen est meritis æstimandum *d. l. un. C. Theod. de comit. vac.* Ex qua lege constat, quod dignitas honoraria semper cedit dignitati, quæ meritis quæsita fuit, etiamsi hæc tempore posterior sit *h. l. & l. ult. C. Theod. de honor. codic. & l. ult. C. Theod. de primicerio, & Notar. Cassiodor. 6. variar. formul.* 10. & 16. Hoc autem ad Doctores ex privilegio maxime pertinet.

De hac comitiva primi ordinis passim 2
tum in C. Justinianeo, tum in C. Theodosiano. Eam non omnes eodem modo consequebantur. Quidam eam ipso jure obtinebant, statim ac aliquod munus, aut officium ipsis a principe conferebatur, quia illis hæc dignitas erat annexa, ut illis qui provincias regendas susceperant *l. un. C. de comit. qui provincias reg.* ut Comites Ægypti, & Ponticæ Dioeceseos, qui principes erant inter Comites *l. un. C. de Comit. & Tribun.* Comites Scholarum *d. l. un. l. 1. C. Theod. eod. tit.* Adsessores Præfecti Prætorio, *l. un. C. Theod. de Comit. qui illustrib.* Comites rei militaris *l. 1. & 2. C. de com. rei milit.* Alii eam obti-

ne-

nebant ob meritum, dum munus injunctum laudabiliter exequebantur, ut archiatri *l. un. C. Theod. de Comit. & archiatris l. ult. C. de profess. & medic.* & illi qui in aliqua arte excellebant *l. un. C. Theod. de Comit. ord. primi art. div.* Professores Urbis Constantinopolitanæ, qui post vicesimum annum eam consequebantur *l. un. C. Theod. de professor. qui in urbe Const. l. un. C. eod. tit. in C. Justin.* Alii denique eam consequebantur munere jam perfuncti, cum illud deponebant: ut principes agentium in rebus. *l. principes 6. C. de princ. ag. in rebus, & l. un. C. de vacat. publ. mun.*

3 De comitiva secundi & tertii ordinis mentio fit in *l. pro biennio 17. & seqq. C. Theod. de proxim. comit. dispósit. l. in numero* 8. *C. Theod. de agent. in reb. l. quicumque* 127. *C. Th. de decurion.*

4 Erat & alia distinctio Comitum, quod alii provincias regebant, & provincialibus præerant: alii præerant militibus, quibus provinciam tuebantur: & hi Comites rei militaris dicebantur *l.* 1. *&* 2. *C. Theod. de comit. rei milit.* & *C. Justin. l.* 1. *&* 2. *eod. tit.* Hujusmodi erant Comites limitanei, qui limites imperii defendebant. Nam Augustus rerum potitus, provincias cum populo divisit, & ut milites sibi obsequentes haberet, eas provincias tuendas sumpsit, quæ barbarorum incursionibus erant expositæ, & novem limites imperii constituit, & in illis viginti quinque legiones collocavit ad reprimendos hostium impetus, & continendas in fide provincias. Alios limites, aliasque legiones addiderunt Claudius, Vespasianus, Trajanus, & constituti sunt limites quatuordecim, & ad eos tuendos legiones triginta quinque. Quamquam Dion *lib.* 55. tredecim tantum limites recenseat imperante Alexandro. Hisce legionibus ac militibus imperabant ac præerant Comites, aut Duces; in Oriente duo Comites militares: Leo auxit usque ad quinque, additis tribus aliis limitibus: Duces in oriente tredecim, qui postea aucti fuerunt. In occidente octo erant Comites, qui occupatis sub Honorio Hispaniis a Vandalis, & Alanis, & Illyrico sub Theodosio juniore ab Attila, ad sex tantummodo redacti fuerunt.

Comites militares alii erant primi, alii secundi, alii tertii ordinis, quos ita distinxit Constantinus referente Eusebio in *lib.* 4. *c.* 1. *de vita Constantini*; & Comites primi ordinis erant ducibus digniores, ut erat Comes Ægypti, & alii. Sed postea comitivæ dignitas ducibus etiam attributa. Tandem aucta ducum dignitas, Comitum imminuta. Duces enim toti provinciæ præerant, Comites singulis civitatibus: cujusmodi sunt hodie nostri Comites. Comites, qui erant secundi aut tertii ordinis, Comites minores appellantur in *l. omnem C. Theod. Ne comit. & trib. lavaer præstent.* & Comites inferiores, ut in *l. seq. d. tit.* quibus privata succendi balnea prohibentur in duabus illis Legibus & in *l. un. C. Just. Ne rei milit. Com. &c.* quæ ex duabus illis Legibus a Triboniano fuit consarcinata. Solis itaque Comitibus & magistris militum provinciales balneas privatas succendere tenebantur, hoc est, ligna conferre ad eas succendendas. Nam magistri militum erant Comites primi ordinis. Tribuni enim & Duces aliquando Comitis dignitate decorabantur, sed secundi aut tertii ordinis. Itaque qui in *l.* 1. *C. Theod. de com. & tribun.* dicuntur minores Comites, & junguntur cum tribunis, illi in *l. un. C. Just. eod. tit.* junguntur cum ducibus, & in *l.* 2. *C. Theod. eod. tit.* nomen inferiorum Comitum ad Duces refertur. Erat autem tribunus inferior duce, & tribunatus erat gradus, per quem ad ducatum ascendebatur. Commodi Imperatoris epistola relata a Spartiano *in Pescen. Pescennium fortem virum novi: ei etiam tribunatus duos dedi: ducatum mox dabo.* Capitolin. *in duob. Maximin. Quid tantum laboras, cum ejus loci jam sis, ut duca-*



Digitized by Google

*tum possis accipere? dixisse fertur, ego vero quo major fuero, tanto plus laborabo*. Erat autem tum Maximinus tri-
6 bunus quartæ legionis. Probabile igitur est, tribunos fuisse Comites tertii ordinis: duces secundi: magistros militum primi. Lamprid. in Alexandro: *jussit, ut ante tribunum milites quatuor ambularent, ante ducem sex, ante legatum de-*
7 *cem*. Vides ordinem & gradum dignitatum. In locum autem Legatorum postea subrogati fuerunt magistri militum. Vegetius *lib.* 2. *de re milit. cap.* 9. *Legati Imperatoris ex consularibus ad exercitum mittebantur, quibus legiones, & auxilia universa obtemperabant in ordinatione pacis, vel necessitate bellorum, quorum loco nunc illustres viros constat magistros militum substitutos*. Itaque magistri militum Comites erant primi ordinis. Atque ideo semper ipsis adjungitur titulus Comitis, & nominantur Comites, & magistri, ut in *l. secuti* 8. *C. Theod. de metatis. in l.* 1. *ne com. & tribun. & inscriptione l.* 8. *C. Th. de re militari l. juniorum* 18. *de tyron. l. qui fine* 16. *de desertor. l. militarib.* 128.
8 *de decurion.* Magistri militum initio duo tantum fuerunt, alter peditum, equitum alter: iisque Constantinus omne jus in milites concessit, quod antea habebat Præfectus Prætorio. Zosim. *lib.* 2. Theodosius eorum numerum auxit, & demum facti sunt quinque in oriente, duo in occidente. Zosim. *lib.* 4. Justinianus quoque alterum addidit, sublato Armeniæ Comite in *l. ult. C. de off. mag. militum*. Ab his tamen appellari poterat, puto ad Præfectum Prætorio *l. ult. C. de his qui per met. jud. non appell.* Illud monendum, quod magistri militum occidentis dicebantur *præsentales. l. penult. C. de apparit. mag. mil.* quia in comitatu Principis manebant, eique præsentes erant.

9 Supersunt Comites quartæ classis, qui provincias regebant, & gubernabant. Horum princeps erat Comes orientis, qui provinciis quindecim imperabat, & habebat sexcentos apparitores, ut Theodosius & Arcadius definiverunt in *l. un. C. de apparit. comit. orient.* Zosim. *lib.* 5. *post. princ. Comitis orientis magistratus ea potestas est, ut qui eam gerit, omnibus provincias orientis administrantibus præsit, & quæcumque non aguntur, ut par est, corrigat.* Id autem non est omnino verum; nam Præfectus Prætorio orientis imperabat, & præerat provinciis quadraginta novem, ut constat ex *Notitia Imper. Orient.* Comes autem orientis solummodo provinciis quindecim, videlicet quinque consularibus, octo præsidalibus, duabus perfectissimo-
rum, hoc est, Arabiæ, & Isauriæ, quæ 10
perfectissimos judices habebant. Potito rerum Augusto, qui cum populo partitus est provincias, illæ in tres classes divisæ fuerunt; in præsidales, legatorias & proconsulares. Lamprid. in *Alexandro*: *Provincias prætorias præsidales plurimas fecit, proconsulares ex Senatus voluntate ordinavit.* Provinciæ prætoriæ, & præsidales erant legatoriæ. Legatoriæ enim erant illæ, in quas Imperator Legatos mittebat, qui Legati Cæsaris in jure nostro dicuntur. *l.* 1. *ff. de offic. Præsid. l. Legatus* 20. *ff. eod. l. hos accusatores* 12. *ff. de accusat. l.* 4. *ff. de off. assessor. l. diem functo* 20. alias *l. Sed addes* 19. *in fin. ff. Locati l. non est* 7. *ff. de man. vind.* In eas autem mittebant aut viros consulares, aut prætorios cum consulari potestate, & hæ provinciæ consulares appellabantur. Si non cum consulari potestate mitterent, ut solebant in minores provincias, in quas aut præsides, aut procuratores mittebant, illæ manebant præsidales: & qui eas regebant, præsides, vel procuratores & præsides simul nominabantur. Itaque Pilatus, qui Judææ procurator erat, ab Evangelistis aliquando præses, aliquando procurator dicitur. Nam procuratores Cæsaris alii causas tantum fiscales cognoscebant, & tributa, & vectigalia in pro-

vin-

vinciis exigebant; & hi nec provincias regebant, nec merum Imperium habebant: alii vice Præsidum mittebantur, & hi provincias administrabant, & imperium habebant *l. 2. C. de pæn. l non valet 4. C. ad l. Fab. de plag'ar.* Provinciæ vero, quæ ordinabantur a populo, & in quas præsides mittebat Senatus, omnes erant proconsulares, quia qui eas regebat, proconsul dicebatur, cui Legatus ab eodem Senatu dabatur. Itaque provinciæ Imperatoris consulares dicebantur, & aliquæ etiam præsidales, seu prætoriæ provinciæ, populi omnes proconsulares. Sed jure populi extincto, & Senatui ablato, provinciæ proconsulares esse desierunt. Enim vero Probus Imperator jus Senatui restituit. Vopiscus in *ejus vita*: *Permisit patribus, ut ex magnorum judicum appellationibus ipsi cognoscerent, proconsules crearent, Legatos consulibus darent, jus prætorium præsidibus darent.* Quæ verba meo judicio nihil aliud significant, quam Probum provinciarum administrationem Senatui restituisse: adeoque permisisse, ut in provincias proconsulares, proconsules mitterent: in legatorias, legatos cum jure consulari: in præsidales, præsides cum jure prætorio.

12 Perfectissimi ad minorum provinciarum administrationem deputabantur. Hæc dignitas codicillis ab Imperatore conferebatur *l. un. C. de perfectis. dign.* Hi equitibus digniores fuisse videntur, ut apparet ex *l. 1. C. Theod. de his, qui ven. ætat. impetr.* Quamquam Valentinianus in *l. un. C. de equestr. dign.* post Senatores secundum gradum tribuat equitibus. Perfectissimus erat Præses Arabiæ tempore Constantini, ad quem rescripsit Imperator in *l. cum reis 18. C. de pæn.* ut constat ex ejus Legis inscriptione THEODORO V. P. PRÆSIDI ARABIÆ: hoc est, viro perfectissimo. Item Præses Dalmatiæ, ut constat ex *notit. Imper. Orient.* & Præses Isauriæ, qui inter clarissimos non recensetur. Hi quoque in tres classes divisi erant, primi, secundi, & tertii ordinis, ut constat ex *l. scriniis 7. §. 1. C. de palatin. sacr. largit.* Præsides fuisse perfectissimos ordinis primi, dubitandum non est: cum scrinii auri ad responsum Primicerius esset perfectissimus ordinis primi *d. l.* Ex perfectissimis quidam erant etiam Comites in *l. 2. C. Theod. de bon. vac. Breves eorum plenissimos ad virum perfectissimum comitem, & amicum nostrum mitti.*

Præsides etiam, & qui provincias re- 13
gebant, Comitis dignitate decorabantur, & quidem primi ordinis *l. un. c. de Comit. qui provinc. reg.* Sed illis tantum Præsidibus, qui ab Imperatore mittebantur ad administrandam provinciam, hæc dignitas conferri solebat: accedebat enim plerumque illis, qui erant in ministerio principis. Ad hos referri potest 14
etiam Comes privatarum rerum divinæ domus. Licet enim provincias non gubernaret, tamen in illis magna auctoritate pollebat: universum enim patrimonium principis administrabat, & agros per totum orientis tractum existentes curabat *l. hi quibus l. omnes l. pen. c. de fund. patrimon. l. universi c. de fund. rei privatæ*, & omnibus titulis a *tit. 58. usque ad fin. Lib. 11.* Hic dicebatur etiam rationalis, & magister rei privatæ *l. pen c. ubi causa stat. ag. deb.* & procurator Cæsaris *l. 1. ff. de offic. proc. Cæsaris*: item curator *l. ult. ff. eod.* vel procurator privatæ rationis *l. procurator c. de edend.* & Comes rei dominicæ *l. ult. c. de fund. & saltib. rei domin.* & Comes ærarii privati *l. ult. c. de locat. præd. civil. l. 1. c. de bon. vacant. l. ult. c. de petit. bon. sublat.* Hujus amplissimam jurisdictionem late explicat Cassiodorus *in 6. in comit. priv.* præter causas enim fiscales cognoscebat etiam de causis status *l. penult. c. ubi caus. stat. agi deb.* de jure sepulcrorum, de causis incestus *l. qui contra c. de incest. nupt.* Cassiod. *ibid.* de corruptis judiciis *Novell. 124. §. 2.* Tacit. *Lib. 12. annal. cap. 60. pro-*

Digitized by Google

60. *prope fin. de Claudia Imperatare: Eodem anno sæpius audita vax principis: parem vim rerum habendam a procurataribus suis judieatarum, ac si ipse statuisset: ac ne fortuito prolapsus videretur, senatus quaque eansulta cautum plenius, quam antea & uberius*, & paulo post: *Cum Claudius libertas, quos rei familiari præfecerat, sibique & legibus adæquaverit.* Frustra Justus Lipsius in *excursu ad lib.* 12. *annal. Taeit.* tentat persuadere, hic agi de Procuratoribus, qui jure Præsidis provincias regebant, de quibus supra. Nam verba illa, *quas rei familiari præfecerat*, clarissime ostendunt, Claudium hoc jus dedisse Procuratoribus rei privatæ, rei familiaris. Id. Tacit. *lib.* 4. *Ann. cap.* 15. *paula post princ. Adeo ut Procurator Asiæ Lueilius Capita accusante pravineia causam dixerit magna eum adseveratione principis: non se ei jus, nisi in servitia, & peeunias familiares dedisse: quod si vim Prætoris usurpasset, manibusque militum usus faret, spreta in eo mandata sua: audirent saeios. Ita reus eognito negotio damnatur.* Utitur Tacitus hic eadem forma loquendi, *ia pecunias familiares*, cum agat de Procuratote Cæsaris. Quorsum autem Claudius id confirmari senatus consulto curasse, veritus, ne fortuito prolapsus videretur? ut ibi ait Tacitus. Si hoc Procuratotibus vice Præsidis dedisset, nihil tale verendum erat: ipsi enim præsidum jus & auctoritatem habebant: nam merum imperium habebant sicut Præsides: ideo sæpenumero præsides appellantur. Facem nobis præbet Pontius Pilatus, qui fuit Judææ Procurator: Tacit. *lib.* 15. *Annal. eap.* 44. *post med. Auctar nominis ejus Christus Tiberio imperante per proeuratorem Pontium Pilatum supplieio aflectus erat.* Lucas in *Evang. Anno autem quinto deeima imperii Tiberii Cæsaris pracurante Pontio Pilato Judæam.* Et tamen Pilatus habebat jus gladii. Joann. *eap.* 19. *Nescis, quia patestatem habeo crucifigere te, & potestatem habeo dimittere te?* Initium hujus rei jam olim ab Augusto. Tacit. *lib.* 12. *cap.* 60. *Nam Divus Augustus apud equestres, qui Ægypto præsiderent, lege agi, decretaque eorum proinde haberi jusserat, ac si Magistratus Romani canstituissent: max alias per provincias, & in urbe pleraque concessa sunt, quæ olim a Prætoribus noscebantur.*

Itaque ad rem. Ulpianus in *l. hi quis* 15
8. §. *transactianes* 19. *ff. de transact.*
*Transactianes alimentorum etiam apud*
*procurctorem Cæsaris fieri possunt; sci-*
*licet si a fisco petantur alimenta: secun-*
*dum quæ & apud præfectas ærarii transi-*
*gi poterit.* Transactio autem hujusmodi
nonnisi apud Prætorem fieri poterat ex
oratione D. Marci *d. l.* 8 *in princ.* Hic
locus Ulpiani nos admonet, falli eos,
qui non distinguunt Procuratores Cæsa-
ris a Præfectis ærarii: aliud fiscus: aliud
ærarium, ut supra probavimus. Quod au-
tem Claudius procuratori suæ rei priva-
tæ id concesserit, probat perspicue Ul-
pianus in *l.* 1. *in prine. ff. de Offic. pro-*
*cur. Cæs.* ubi de hoc agens Procuratore
ait: *Quæ acta gestaque sunt a procura-*
*tare Cæsaris. sic ab ea camprobantur,*
*atque si a Cæsare gesta sunt.* Confer
hæc verba cum verbis Taciti, & hac
in re non hæsitabis. Illud plane non in-
telligo, cur Vir doctissimus excludat ab 16
officio Procuratoris rei ptivatæ equites,
& libertos, non autem ab officio Pro-
curatoris cum præsidali potestate. Quia,
inquit, equites non habebant jurisdictio-
nem. Ita profecto: si non habebant ma-
gistratum aut officium, cui esset adjun-
cta jurisdictio: cujusmodi erat Procurator
Cæsaris; *tat. tit. C. ubi eaus. fiscal.* &
nos supra probavimus. Sed demus, hac
de causa non potuisse creari Procurato-
res rei privatæ: multo minus igitur po-
terant esse Procuratores vice præsidis,
qui non solum jurisdictionem habebant,
sed etiam merum imperium. At hi erant
equites Romani: Joseph. *de bell. Jud.*

*Lib.*

*Lib.* 2 *cap.* 8. *in princ.* ubi de Coponio equite Romano, Judææ Procuratore, & *Antiquit. Judaic. Lib.* 18. *cap.* 1. *in princ.* Imo etiam liberti, ut Antonius Felix. Tacit. 5. *Histor. cap.* 9. *Judæam provinciam equitibus Romanis, aut libertis permisit; è quibus Antonius Felix per omnem sævitiam ac libidinem jus regium servili ingenio exercuit.* Sueton. in *Claud. cap.* 28. *Nec minus Felicem, quem cohortibus & alis, provinciæque Judææ præposuit.* Sed hæc in transcursu: ad Comites revertamur.

17 Comites, de quibus hactenus, nullam habebant hypothecam in bonis Imperatoris: Sed nec habere poterant. Habebant enim annonam de publico ipsis assignatam, eamque subministrabant illis provinciales; & si non responderent ad tempus, poterant manu militari ab ipsis extorquere. Procurator Cæsaris pecuniam, & quidquid aliud a colonis debebatur, exigebat: Sed annonam, quæ Comitibus erat præstituta, ipsi exigebant. Ita interpretor verba Dionis *Lib.* 53. ubi ait, quod Procuratores Cæsaris ejus reditus in provinciis exigebant, præterquam id, quod Proconsules ex tributis exigunt; Cæsar autem, & Procuratoribus, & Proconsulibus, & Comitibus militaribus mandata dabat, quomodo in his se ge-

18 rere deberent. Si quis scire desiderat, quantum annonæ, ac salarii nomine acciperent, ponam hic Valeriani Imperatoris mandata, quæ Probo, cui contulerat tribunatum militum, & Claudio assignat. Vopiscus *in Probo*: *Miraris, quod imberbem tribunum fecerim: Sed non miraberis, si Probum cogitas adolescentem vere probum. Huic igitur dabis.*

*Tunicas rufulas* —— 2
*Pallia Gallica fibulata* —— 2
*Interulas paragaudias* —— 2
*Patinam argenteam Librarum* X. *speccillatam*
*Aureos Antonianos* —— 100
*Argenteos Aurelianos* —— 1000
*Æreos Philippeos* —— 10000
*Carnis bubulæ diurnæ pondo* —— 6
*Porcinæ pondo* —— 6
*Caprinæ pondo* —— 10

*Olei per biduum sextarium unum. Vini veteris diurnos sextarios* 10. *cum larido bubalino. Salis, olerum, lignorum quantum satis est. Hospitia præterea eidem, ut tribunis legionum, præberi jubebis.*

Claudio autem, quem tribunum Martiæ quintæ legioni dederat, multo plura dari præcipit, qnia non quasi tribuno, sed quasi Duci ea detulit. Sunt autem hæc, apud Vopiscum *in Claudio.*

*Frumenti annuos modios* —— 3000
*Hordei modios* —— 6000
*Laridi Libras* —— 2000
*Vini veteris sextarios* —— 3500
*Olei boni sextarios* —— 150
*Olei secundi sextarios* —— 600
*Salis modios* —— 20
*Ceræ pondo* —— 150
*Fœni, paleæ, aceti, oleris, herbarum quantum satis est.*
*Pellium tentoriarum decurias* —— 30
*Mulos annuos* —— 6
*Equos annuos* —— 3
*Camelos annuos* —— 10
*Mulas annuas* —— 9
*Argenti in opere annua pondo* 50
*Philippeos nostri vultus annuos* 150
*In strenis* —— 47
*Et trientes* —— 160
*In caucos, & scyphos pondo* 11
*In caucos, & scyphos & zuma pondo* 11

*Tunicas russas militares annuas, sagochlamydes annuas duas, fibulas argenteas, inauratas duas: fibulam auream cum acu Cypria unam: balteum argenteum inauratum unum, annulum bigemmem uncialem: brachialem unum unciarum septem: Torquem libralem unum: cassidem inauratam unam: scuta chrysagraphata duo: Loricam unam, quam refundat: Lanceas herculaneas duas: acly-*



*des*

*des duas: falces duas, falces fœnarias quatuor: coquum, quem refundat unum: mulionem, quem refundat unum: mulieres speciosas ex captivis duas: albam subsericam unam cum purpura Girbitana: subarmale unum cum purpura Maura: Notarium, quem refundat, unum: structorem, quem refundat, unum: Accubitalium Cypriorum paria duo: Interulas puras duas: fascias viriles duas: togam, quam refundat, unam: Latum clavum, quem refundat, unum: Venatores, qui obsequantur, duos: carpentarium unum: Curam prætorii unam: ligni quotidiani pondo mille, si est copia; sin minus, quantum fuerit, & ubi fuerit: coctilium quotidiana batilla quatuor; balneatorem unum, & ad balneas ligna: sin minus, lavetur in publico. Jam ceteræ, quæ propter minutias scribi nequeunt, pro moderatione præstabis, sed ita ut nihil adæretur. Et si alicubi aliquid defuerit, non præstetur, nec in nummo exigatur.* Qui explicationem quorumdam verborum, quorum non est obvia intelligentia, desideraverit, adeat doctissimum Salmasium: ad rem nostram enim non pertinet hæc explicare: Quod ad nos attinet, pauca sunt expendenda.

19 Primum, quod hæc epistola a Valeriano scripta est, ad Zosimionem Procuratorem Syriæ, cui mandat, ut hujusmodi salarium præstet ex suo privato ærario. Procurator enim Cæsaris, qui ærario privato ejus præerat, hoc est, fisco, pecunias a debitoribus fisci exigebat, easque in ea, quæ princeps mandabat, erogabat. Id docet Dio *Lib.* 53. *τάς τε κοινας προσοδυς ἐκλέγοντας, ἢ προσεταγμενα σφισιν ἀναλίσκοντας.* Et annonas, & pabula animalium Præsidibus, & cæteris præstabat. *L. 2. C. de curs. publ.* Habebant autem susceptores, qui pecuniam colligebant, & expendebant periculo ipsius Procuratoris. Itaque nec Comes privatarum largitionum, nec fiscus tenebatur, sed omne damnum spectabat ad Procuratorem rei privatæ, cui onus erat injunctum, ut annonas sumptumque familiæ rectorum provinciæ, & pabula animalibus, & quæcumque statura essent, subministraret. *L. super 9. C. de jure fisci*, quæ ad Comitem rerum privatarum ab Imperatoribus scripta est. Constat igitur nullam potuisse hypothecam constitui, nisi in bonis Procuratoris favore fisci, & susceptorum favore Procuratoris.

Secundo observanda sunt illa verba: 20
*Sed ut nihil adæretur.* Non poterant igitur pro annonis, & capito præstare aut exigere æstimationem: & hoc, ne provinciales gravarentur: ideoque præstanda, quæ ipsa provincia suppeditabat. Adærare est ære vel argento æstimare, idque pro speciebus debitis præstare. Æs enim etiam argentum comprehendebat. Suid. *χαλκὸς ἀργύρια τετυπωμένα. Æs, argentum signatum.*

Denique animadversione digna sunt ultima epistolæ verba: *ligni quotidiani pondo mille, si est copia*: & rursus: *si alicubi aliquid defuerit, non præstetur, nec in nummo exigatur.* Debebant igitur præstari, quæ in ea provincia proveniebant; sin aliter, ne sic quidem pro illis pecunia exigi poterat. Propterea non poterant provinciales evitare solutionem, nam ab illis, si procrastinarent, manu militari extorquebantur: utinam vero ea solum, quæ pendi debebant. Cum enim illi, qui ad exactionem mittebantur, pro cupiditate & libidine sua graviter ex provincialium visceribus eruerent prope infinita, Honorius & Theodosius constituerunt, ut ad similitudinem militum, quibus ærariæ præbebantur annonæ, *adærare* liceret, *l. annonas 15. C. de erog. milit. ann.* quæ deprompta est ex *L. penult. eod. tit. in C. Theod.* Antea tamen severissime erat interdictum annonas adærare. *L. nequis 18. L. nulli 20. C. Theod. eod. tit.* Postea collabente disciplina etiam stellaturas adærare permissum, *l. ex provinciarum 28.* 21 *C.*

Digitized by Google

*C. Theod. eod.* Stellatura dicebatur, quidquid tribunus ex salario, atque annona militibus debita decerpebat, ac delibabat, sibique retinebat. Olim quidem capite sancitum, ne quis stellaturas acciperet. Spartian. in *Pescennio*: *Nam & Imperator tribunos duos, quos constiterit stellaturas accepisse, lapidibus obrui ab auxiliaribus jussit*. Lamprid. *in Alexandro Severo. Annonam militum diligenter inspexit: tribunos, qui per stellaturas militibus aliquid tulissent, capitali pœna affecit*. Postea non solum permissæ fuerunt stellaturæ, sed etiam earum adæratio. Tandem Justinianus eas in limitaneis & comitatensibus militibus interdixit, imposita quadrupli poena, & dignitatis privatione *l.* 2. §. *pro limitaneis* 8 *in fin. &* §. *seq. C. de offic. Præf. Prætor. Africæ*. Unde fuerit stellaturæ nomen deductum, non constat inter doctos.

22 Multi multa, & varia. Cl. Salmasius a stellione & stellionatu deductum fuisse nomen stellaturæ putat. Durum id quidem: præsertim quia, non per fraudem a militibus auferebantur, sed titulo donationis gratuitæ *l. si quas* 29. *C. Theod. de erog. milit. annon.* Licet Justinianus in superiore §. 8. per fraudem eos accipere dicat; tamen ibi agit generaliter de omnibus lucris, quæ duces & tribuni captabant, consuetudinem allegantes. Gothofredus *in C. Theod.* putat a stilla dictas, & legendum *stillaturas*, non *stellaturas*. Sed apud Scriptores Historiæ Augustæ semper legitur, *stellaturæ*. Omitto alias ineptissimas interpretationes. Equidem non video, cur non deduci possit a stellis. *A stellis, stellare, stellatus*, quæ passim usurpantur; cur non etiam *stellatura?* ut a *præfectus, præfectura*: *a futum, futura*, & simile. Quidni autem dici possit id a similitudine stellarum deciduarum, & discurrentium, quas e numero, & congerie stellarum decerptas in terram, & mare prolabi vulgo creditum est; seu, ut Plinius putat, a stellis ipsis extrudi nimio alimento tracti humoris, quemadmodum a lumine scintillæ identidem egeruntur & extruduntur, fuisse ad militum annonam traductum. Sicut enim stellæ vagantes & discurrentes e coelo decerpuntur, cujus minimæ sunt particulæ, Ita minimæ illæ partes, quas tribuni ex militum annonis decerpebant, quasi stellæ deciduæ, stellaturæ nomen dederint illi delibationi, & abrasioni salarii militaris. Minima enim erat salarii pars a tribunis abrasa: neque enim poterat excedere annonam septem dierum *l. septem* 12. *C. de erog. milit. annon.* ex qua corrigenda est *l. a provinciarum* 25. *C. Theod. eod. tit.* in qua pro *septem*, legitur *semper*. Enimvero de origine hujus nominis nihil affirmo, & quæ dixi, ad vulgi opinionem locutus sum, quem penes arbitrium est, & jus, & norma loquendi. At hæc non magni sunt momenti. Ad hypothecam tacitam revertamur.

23 Summa rerum hæc est. Provinciæ tributum indicebatur a Præfecto Prætorio, vel ab ipso Imperatore, & quidem ut plurimum in speciebus annonariis ad alendos milites, & solvenda salaria tribunis, ducibus, comitibus, præsidibus, & aliis. Provinciæ frumentum, hordeum, oleum, laridum, capitum & alias species annonarias, seu cellarienses suis impensis in horrea publica deferebant. Susceptores eas in horreis condebant. Dabantur autem de publico illis ænei, seu lapidei modii cum sextariis, & ponderibus, ne quis fraudari posset, *l. modios* 9. *C. de canon. largit*. Si recipere recusarent, ipsi duplum fisco per Præsidem inferre cogebantur, qui autem detulerat, liberabatur. *l.* 1. *C. de susceptor*. Si provinciales solvere negligerent, captis pignoribus coercebantur. *l.* 1. & 2. *C. de capiend. & distrah. pignor*. Pendere autem tenebantur frumenti quinquagesimam, hordei quadragesimam, vini & laridi vicesimam. *l. modios* 9. *C. de susccept.* Præcipua autem cura penes Præ-

fectum Prætorio Julius Capitolin. in *Gordian. tertio* refert, Misitheum Gordiani præfectum ea diligentia annonam provincialem procurasse, ut *nulla unquam esset civitas limitanea potior, quæ non posset exercitum Populi Romani, ac principem ferre, quæ totius anni in aceto, frumento, & larido, atque hordeo & paleis condita non haberet, &c.* Cura
24 vero pecuniæ penes Thesaurefem vel Comitem Thesaurorum vel Præpositum thesaurorum erat: his enim nominibus appellabatur, qui pecuniam publicam in provinciis colligebat, custodiebat, Romam transmittebat *l. 1. & tot. tit. de susceptor. præpos. & arcan. l. 2. c. de palatin. sacr. largit. l. nullus 14. c. Theod. de diversi offic.* Hi autem ad rem sacri ærarii procurandam non admittebantur, nisi idoneas darent satisdationes *l. privatæ 14. c. de murileg.* Ita etiam tum susceptores, tum præpositi horreorum, tum etiam nominatores eorum obligabantur fisco: imo nominatores nihil poterant ab eis emere nec per se, nec per interpositam personam, quod est omnino singulare, licet illi nominatorum periculo administrarent, & Præsides etiam tenebantur, si neglegerent curare, quæ debebant *l. 1. l. 2. l. 8. c. de susceptor.*
25 Constat igitur, fiscum quidem obstrinxisse sibi Comites, & administratores rerum provincialium, contra eos nulla obligatione fiscum aut imperatorem sibi devinxisse. Nec enim hac obligatione cum hypotheca indigebant, cum in eorum potestate esset a provincialibus exigere, atque extorquere salarium sibi de jure debitum. Utinam vero id tantummodo extorsissent. Multi miseros provinciales vexabant, diripiebant, expilabant. Hinc crebræ seditiones, & Romæ frequentissima judicia repetundarum, quæ passim occurrunt in veterum scriptorum monumentis, in quibus tamen nunquam fit mentio cujusquam Præsidis, qui convenerit Imperatorem. Porro nihil absurdius meo judicio potest existimari, quam Imperatorem concessisse privilegium tacitæ hypothecæ contra semetipsum. Num fortasse vereri poterat, eos quibus honorem amplissimum, quæstuosissimum magistratum, regiam pene potestatem concedebat, hæc omnia repudiaturos, nisi concederet etiam privilegium tacitæ hypothecæ cum prælatione in omnibus suis bonis? Nugæ.

---

## CAPUT IV.

### *Ad L. deprecatio 9. ff. ad Leg. Rhod.*

### SUMMARIUM.

I *Antonini responsum male habitum ab Interpretibus.*
II. *Ignei & sequacium criminationes & n. III. V.*
IV *Publicanis obsecundare fas est; nec tamen nimia licentia eis concedenda.*
VI *Antoninus superbiæ accusatus defenditur.*
VII *Roma mundi domina. Romani rerum Domini. Imperator Dominus. & n. IX.*
VIII *Augusti & Tiberii tempore Imperator Dominus jam vocabatur. Hæc appellatio viguit ante Antonini Imperium.*
X *Ammiani Marcellini in Constantium reprehensio quo sensu accipienda.*
XI *Imperator se dicit mundi* κύριον, *quod significat eum, qui habet summam potestatem; non* δεσπότην, *quod significat dominum, cujusmodi est dominus erga servum.*
XII *Imperator se dominum dicit quasi habentem summam potestatem, sicuti habet lex.*
XIII *Dominus apud Latinos indicat tam summam auctoritatem, quam verum dominium.*
XIV *Dominii significatio multiplex & n. XV.*
XV *Fines orbis angustiores a veteribus crediti.*
XVII *Vera legis interpretatio.*
XVIII *Rhodiorum Lex de publicandis navibus rostratis in portu deprehensis.*
XIX *Cauniorum gent. & insulæ Rhodiis attributæ iisdem legibus usæ.*
XX *Rhodiorum Leges & disciplina navalis, navigationes, divitiæ, coloniæ.*
XXI *Eudæmonis quæstio fuit de navi, quam publicani contendebant publicam factam esse Legis Rhodiæ prætextu.*
XXII *Rhodia Lex a publicanis longius producta. Sapientissima Antonini constitutio ad eorum improbitatem frenandam.*

Nul-

Nulla fere alia Lex a nostris interpretibus adeo vexata est, ut humanissimum hoc, & prudentissimum
1 Antonini Imperatoris responsum. Illi enim in optimum Principem injuriosi prava perversaque intelligentia turpiter ipsum calumniati sunt, quæ dicere voluit, non recte percipientes, & quæ noluit, affingentes. Ab injuriis tam putidis, & contumeliosis operæ pretium est vindicare sapientissimum justitiæ, clementiæ, moderationis exemplar.

2 Primum calumniatur ipsum Igneus, ejusque asseclæ, quod dixerit Imperator, se esse Legem maris: quid absurdius? Constitutio græce scripta fuit: Non dixit autem, *ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος, νόμος δὲ θαλάττης*, sed *ὁ δὲ νόμος τῆς θαλάττης*. Quæ verba significant ipsum esse mundi dominum, legem autem esse dominam maris. Quod græce nesciverit, non reprehendo: quod autem id ex verbis subsequentibus non comprehenderit, error est plane inexcusabilis. *Lege id Rhodia, quæ de rebus nauticis præscripta est, judicetur.* Si ipse Lex est maris, qua ratione recusavit judicare, & Eudæmonem rejecit ad Legem Rhodiam, cujus nec auctor, nec conditor fuerat?

3 Idem, qui ne verbum quidem ejus Legis intellexit, iterum calumniatur Antoninum, quod ita responderit ira percitus contra piratas. Quorsum piratas intrudit? Publicani, non piratæ, merces & naufragos diripuerant, sed publicani, videlicet qui publica vectigalia conduxerant. His potius obsecundare, quam succensere, conveniebat Imperatori. Etenim, ut eleganter ait M. Tullius in *orat. pro Cn. Plancio. Hoc equitum Romanorum, ornamentum civitatis, firmamentum Reip. publicanorum ordine continetur. Nam imperium retineri sine vectigalibus nullo modo potest*: ut idem monet in *ep. 1. lib. 1. ad Q. Fratrem*. Quid causæ igitur erat, cur Imperator publicanos odio prosequi, ac persequi deberet? Sane Cicero cum in Asia Proconsul esset, Attico suo scribit in *epistola 1. lib. 6. De publicanis quid agam, videris quærere: habeo in deliciis, obsequor, verbis laudo, orno, efficio, ne cui molesti sint.* Et in laudata epistola *ad Q. Fratrem. Quibus si adversamur, ordinem de nobis optime meritum, & per nos cum Rep. conjunctum, & a nobis, & a Rep. disjungemus: sin autem omnibus in rebus obsequemur, funditus eos perire patiemur, quorum non modo saluti, sed etiam commodis servire debemus.* Prudentissime igitur Imperator, 4 ne aut publicanos offenderet, & a se alienaret, aut nimiam licentiam, prædandique daret impunitatem; nihil ipse voluit in ea causa decernere, sed Lege Rhodia jussit judicari: qua de re nec publicani. Idque ex consilio Volusii Meciani, qui hoc rescriptum refert in laudata *L. deprecatio. Multa enim de jure sanxit Antoninus, ususque est jurisperitis Vinidio Veco, Salvio Valente, Volusio Meciano, Ulpio Marcello, & Javoleno.* Ita Capitolin. *in ejus vita*.

Denique ut hanc Legem funditus everteret, ausus est proferre, Legem Rhodiam ab Imperatore tamquam pestiferam improbari. 5 Quid perversius? quid intolerabilius dici potest, aut cogitari? Insaniat necesse est, cui Lege perlecta, hoc in mentem venerit. Ad Legem Rhodiam scripsere tot veteres Jurisconsulti, quorum in jure nostro clarissima sunt impressa vestigia. Extat in eo titulus *de Lege Rhodia de jactu*. Paulus *lib. 2. recept. sentent. tit. 7* eam explicat luculenter. Strabo *lib. 14. de insula Rhodo* admirabilem dixit eunomiam Rhodiorum, & curam de rebus nauticis: & alii scriptores pariter legis Rhodiæ mentionem faciunt honorificentissimam. Ergone pestiferæ dici debent Leges græcis, latinisque litteris celebratæ? Sed hæc adeo sunt absurda, ut ne refelli quidem mereantur.

Interpretes magis cordati criminantur 6 fastum, arrogantiam, superbiam ...

Pub...

Digitized by Google

mini, quod se mundi dominum dixerit. An id jure ac merito, videamus. Nihil magis alienum ab hoc Imperatore, quam fastus, atque jactantia. Capitolin. *in ejus vita in princ. Sobrius, diligens, agricultor, mitis, largus, alieni abstinens: & omnia hæc cum mensura, & sine jactantia*, & infra. *Imperatorium fastigium ad summam civilitatem deduxit*; & rursus: *Amicis suis in imperio suo, non aliter usus est, quam privatus*, & infra. *Cum sibi & filiis honores peteret, omnia quasi privatus fecit*. En! Imperatorem in omnibus vitæ suæ partibus moderatum ac temperantem. Illud satis mirari non possum, in reprehensionem incurrere superbiæ, atque arrogantiæ, responsum seu rescriptum plenum moderationis & æquitatis; in quo Imperator abrogat sibi facultatem judicandi de proposita direptione, quam ipsi & omnis ratio, & jura omnia concedebant, eamque Legi tribuit: in quo detrahit sibi quodammodo maris imperium, quod suo jure poterat sibi vindicare, illudque arrogat Legi, quæ nullam vim, & auctoritatem habere potuisset, nisi ex Imperatoris auctoritate. At enim vocat se mundi dominum. Non est arrogans, & insolens ostentatio? Non est ita: non est profecto. Quis unquam Romam non dixit esse dominam? Quis Romanos non appellavit dominos? Quis Imperatores hoc eodem titulo non decoravit? Horat. *Carmin. lib. 4. od. 14.*

> —— *O tutela præsens*
> *Italiæ, dominæque Romæ.*

Mart. *lib. 1. epigr. 3.*

> *Nescis, heu nescis dominæ fastigia Romæ.*

Dionys. Halic. *lib. 1.* Arnob. *lib. 2. ipsam denique apud dominam Romam*. Leo Papa *in sermon. 1. Apostol. Nec mundi dominam times Romam, qui in Cayphæ domo expaveras sacerdotis ancillam*, & alii scriptores passim hoc titulo Romanos solent insignire. De Romanis Virg. *lib. 1. Æneid.*

> *Romanos rerum dominos, gentemque togatam.*

Arnob. *lib. 4. Romanos dominos rerum ac principes*. Oros. *lib. 5. c. 1.* Romanos rerum dominos pariter vocat, & non semel Ammian. Marcellin. Tacit. *Lib. 4. Histor.* Romanos communes dominos appellat. Dionys. *lib. 1.* Claud. *Paneg. 1. in Stilicon.* Si hoc meruerunt Romani, quidni Imperator, qui Romanis ipsis imperitabat? Plinius in *epistolis ad Trajanum*, qui fuit omnium fere Imperatorum moderatissimus, eum passim dominum appellat. Mart. *epigr. 2. de Spectaculis.*

> *Deliciæ populi, quæ fuerant domini.*

Et alibi:

> *Edictum Domini Deique nostri.*

Tacit. *lib. 6 Annal.* de Caligul: *Passieni dictum percrebuit, neque meliorem unquam servum, neque deteriorem dominum fuisse*. Omitto reliqua.

Non ignoro, Tiberium initio Principatus hunc titulum recusasse. Tacit. *Annal. 2. in fin. Acerbeque increpuit eos, qui divinas occupationes, ipsumque dominum dixerant*. Sed Tiberius solebat recusare quod flagrantissime concupiscebat: qui imperium etiam suscipere in Senatu recusavit, qui singularem modestiam ostentavit, quamdiu vixit Germanicus, quem maxime metuebat, ut hoc idem factum referens notat Dion. *lib. 57. Cæterum etiam vivente Augusto Romani dominos vocabant Imperatores*. Id. Tacit. *1. Annal. in princ. Pars multo maxima imminentes dominos variis rumoribus differebant*. Paulatim vero hic titulus evi-

luit, ut etiam privati eo honorarentur. Argute Mart. *lib.* 5. *ep.* 55.

> *Cum voco te dominum, noli tibi, Cinna, placere,*
> *Sæpe etiam servum sic resaluto meum.*

Seneca *ad Lucil. Quomodo obvios, si nomen non succurrat, dominos salutemus*. Mart. *lib.* 1. *ep.* 67.

> *E servo scis te genitum, blandeque fateris,*
> *Cum dicis dominum, Sosibiane patrem.*

*E serva* lego non *e servo*, ut communiter, quia sic nullus esset sensus. Imo clientes patronos suos dominos vocabant. Mart. *lib.* 10. *ep.* 10.

> *Qui me respiciat, dominum, regemque vocabo?*
> *Cum te non nossem dominum, regemque vocabam.*

Attuli testes, qui ante Antoninum floruerunt. Estne igitur grave piaculum, si Imperator dominum se esse dicat, cum privati quoque, & quidem non admodum illustres, hunc titulum usurparent?

9 Atqui non solum se dominum appellat, sed mundi dominum. Hic est scrupulus, qui male habet nostros interpretes. Quid hoc est quæso? Numquid aliter de Roma, de populo Romano, de Imperatore locuti sunt scriptores, etiam tunc cum Romanum imperium nondum erat tam longe, lateque diffusum? Cic. in *Philip.* 2. *Sed quis unquam tantis opibus, tantis rebus gestis fuit, qui se Populi Romani victoris, dominique omnium gentium tutorem dicere auderet?* Tacit. *lib.* 3. *Histor. Ne quisquam adeo rerum humanarum immemor, quem non commoveret illa facies, Romanum Principem, & generis humani paulo ante dominum, relicta fortunæ suæ sede, per populum, per urbem exire de Imperio*. Id. Cic. *in* 1. *Catilin. Qui de hujus urbis, atque adeo orbis terrarum exitio cogitet*. Et in 2. *Agrar. in Rull. Vix mehercule servis hoc eum suis, non vobis omnium gentium dominis probaturum arbitrarer*. Et ad *Attic. lib.* 1. *ep.* 16. *Multisque verbis suis mihi salutem Imperii, atque Orbis terrarum adjudicavit*. Brutus apud Ciceronem *epist.* 16. *lib.* 2. *epistolarum ad Brutum: Ut Octavius orandus sit pro salute cujusquam civis, ne dicam pro liberatoribus orbis terrarum*. Aristid. in orat. de Roma: μηκέτι θαυμάζειν, εἰ ὑφ' τοσαύτης ἄρχεται πᾶσα ἡ οἰκουμένη. *Mirandum non est; tantam civitatem toti orbi imperare*, & infra: τὴν ἴσην τὴν ἡλίου πορείαν εἶναι κτῆσιν ὑμετέραν. *Cursum solis æqualem esse vestro Imperio*. Et infra non semel ait, omnes terras, quæ incoluntur, imperio Romano esse subjectas. Leo Papa *in nativitate Apostol. Serm.* 1. *Nec mundi dominam times Romam, qui in Cayphæ domo expaveras sacerdotis ancillam*. Huc refero Arnobii illud de Christo *in princ. Numquid regiam sibi vindicans potestatem, terrarum orbem cunctum legionibus infestissimis occupavit?* Pacat. *in Panegyr. Theodos. Cui toto orbe terrarum privata, vel publica redduntur*. Ammian. Marcellin. *lib.* 14. *de Roma: Ex omni plaga, quam orbis ambit immensus, reportavit laureæ triumphos*, & infra. *Per omnes, quotquot sunt, partes terrarum, ut domina suspicitur & regina*. & Lib. 19. *Nostris virtutes Constantii Cæsaris extollentibus, ut domini rerum, & mundi*. Dionys. ἡ δὲ Ῥωμαίων πόλις ἁπάσης μὲν ἄρχει γῆς *Romanorum civitas imperat universæ terræ*. Cedrenus, πᾶσαν δουλωσαμένη τὴν οἰκουμένην. *In servitutem redigens universum orbem*. Id. Dionys. ἀνατολὰς καὶ δύσεις ὅρους ποιησαμένη ϗ δυναστεία. *Faciens Imperii terminos ortum, & oc-*

*ensum*. Minutius *de Romanis*: *Eorum potestas, & auctoritas totius orbis ambitus occupavit*. Philo Jud. *de Legat. ad Cajum*: τίς γὰρ ἰδὼν Γάιον μετὰ τὴν Τιβερίου Καίσαρος τελευτὴν παρειληφότα τὴν ἡγεμονίαν πάσης γῆς καὶ θαλάττης. *Quis enim videns Cajum per mortem Tiberii Cæsaris suscipientem Imperium totius terræ, & maris*, & infra: συμπάσης τῆς οἰκουμένης, *universæ terræ*. Historicis, & Oratoribus poetas adjiciamus. Familiam ducant poetarum maximi, Virgilius, & Horatius. Ille *lib. 6. Æneid.*

> *En hujus, nate, auspiciis illa inclyta Roma*
> *Imperium terris, animos æquabit Olympo*.

Hic *lib. 3. carm. od. 3.*

> *Quicumque terris terminus obstitit*
> *Hunc tangat armis, visere gestiens*
> *Qua parte debacchentur ignes,*
> *Qua nebulæ, pluviique rores*.

Id. *lib. 4. od. 15.*

> —— *& imperii*
>
> *Porrecta majestas ad ortum*
> *Solis ab Hesperio cubili*.

Tibull. *lib. 2 Eleg. 5.*

> *Roma tuum nomen terris fatale regendis*
> *Qua sua de cælo prospicit arma Ceres*.
> *Quaque patent ortus, & quæ fluitantibus undis*
> *Solis anhelantes abluit amnis equos*.

Claudian. *lib. 1. in Eutrop.*

> —— *omne, quod ambit*
> *Oceanus, domui*

Et de *bello Gildoaico*, & *in 3. Panegyr. Stilicon.*

Coripp. *lib. 2.*

> *Terrarum dominus Christus dedit omnia posse*.

Ac ne quis me ad poetas, fabularum fictores, confugisse cavilletur, do testem religiosissimum, certissimumque Lucam Evangelistam, qui *cap. 2. vers. 1.* refert: *In diebus illis exiit edictum a Cæsare Augusto, ut describeretur universus orbis*. Universum orbem dicit Imperium Romanum. Neque enim Augustus describi mandaverat, nisi gentes sibi subjectas. Quid ergo rei est, cur cavillemur in optimo Imperatore, quod scriptores omnes sacri, profani, Oratores, Historici, Poetæ, ei convenire censuerunt.

Non ignoro, Ammian. Marcellin. *lib.* 10
15. *in princ.* objurgare Constantium, quem ubique vituperat, *quod dictando, scribendoque propria manu orbis totius se dominum appellaret*: *quod dicentibus aliis indignanter ferre deberet*, *&c.* Sed observandum est, quod hoc damnat in Constantio, *quia prædicabat, se ad æmulationem civilium Principum vitam, moresque suos formare diligentia enixa laborare*, ut statim subjicit. Hanc Constantii jactantiam refert ut mihi videtur ad Augustum & Tiberium, quos æmulari se velle prædicabat. Clementiam, & civilitatem Augusti laudat Sueton. *cap.* 51. & hujus virtutis exemplum refert in *cap.* 53. his verbis: *Domini appellationem ut maledictum & opprobrium semper exhorruit*; & paulo infra: *Dominumque se posthac appellari ne a liberis quidem, aut nepotibus suis, vel serio vel joco passus est*.

Magna sane animi moderatio. Sed nondum hic titulus adeo erat in usu, & auctoritas ac potestas Principis, & Imperii status nondum fundatus erat, ad quod

quod ipse privatus ascenderat. Civilitatem quoque Tiberii extollit idem Sueton. *in ejus vita cap 26. Civilem se admodum inter initia, ac paulo minus quam privatum egit*. Deinde *cap. 27.* refert inter alia hoc exemplum: *Dominus appellatus a quodam denuntiavit, ne se amplius contumeliæ causa nominaret*. Exemplo scilicet sui patris, qui hanc appellationem ut maledictum & opprobrium semper exhorruit. Hic autem non semper, sed inter initia Principatus. Cur initio ita se gesserit, ostendit toto *cap. 25.* & supra indicavimus. Etiam Alexander Severus *Dominum se appellari vetuit. Epistolas ad se quasi ad privatum scribi jussit*. Sed hic *ad remedium generis humani accepit Imperium*: ita scribit Lampridius *in ejus vita*. Hos certe non est æmulatus Constantius, nec mores suos, vitamque ad horum exempla composuit. Horum igitur comparatione vituperandus est. Hoc amplius observandum, quod Ammianus sive obtrectandi studio, sive quia Constantius præter mundi totius dominium, æternitatem etiam sibi arroganter adsciscebat, verbum illud *mundi* accipit pro universo, quasi Constantius jactaret, se esse dominum coeli, ac terræ. Subdit enim, quod etsi plures mundos regeret, tamen universitatis dici non posset, cum secundum mathematicos *ambitus terræ totius ad magnitudinem universitatis, brevis obtineat puncti*. Nimirum scriptor hic & ad obtrectationem propensior est, & sæpe oratorio more, quæ narrat, exaggerat, non historica ingenuitate exponit. Quid enim hac de re ipse sentiret, in præcedenti libro ingenue fatetur. Ibi enim describens ætates populi Romani, ejusque incrementa, ait: *In juvenem erectus, & civium, ex omni plaga, quam orbis ambit immensus reportavit laureæ triumphos*. Enim vero recte. Nam & Cicero de *Provinc. consular. Nulla gens est, quæ non aut subacta, ut vix extet: aut ita domita, ut quiescat: aut ita pacata, ut victoria nostra, imperioque lætetur*. Inter acclamationes Aureliani, quas refert Vopiscus *in ejus vita: Per quem totus Romano nomini orbis est restitutus*; & in *vita Taciti*: *Te deligimus, te Principem facimus: tibi curam Reip. orbisque mandamus*. Sueton. in *Augusto cap. 94. Quo natus est die, cum de Catilinæ conjuratione ageretur in curia, & Octavius ob uxoris puerperium tardius affuisset nota ac vulgata res est, P. Nigidium comperta moræ causa, ut horam quoque partus accepit, affirmasse dominum terrarum orbi natum*.

Plura, quam necesse foret, fortasse cumulavi, ut ostenderem, in re tam usitata, tamque communi omnium scriptorum consuetudine, injuria reprehendi optimum Imperatorem; quæ, ut opinor, quibusdam satietatem afferent, atque fastidium. Ego autem, qui non sum stomachi adeo delicati, in his non acquiesco: sed longius progredior observando, quod Antoninus non dixit, se esse mundi 11
δεσπότην, sed κύριος. In hoc, ut mihi videtur, alterum ab altero differt, quod illud proprie dominium significat, cujusmodi est dominus erga servos: hoc vero proprie significat eum, qui auctoritatem ac potestatem habet, etiamsi vere ac proprie dominus non sit. Lucian. Nig. οἱ Ἀρκάδες ου ταῖς ἑστιάσεσιν υποδέχονται τοὺς δεσπότας καὶ τοὺς δούλους. *Arcades in conviviis dominos & servos recipiunt*. Dion. *lib. 57.* de Tiberii benignitate & summa æquitate ante mortem Germanici. οὔτε γὰρ δεσπότην ἑαυτὸν τοῖς ἐλευθέροις, οὔτε αὐτοκράτορα πλὴν τοῖς στρατιώταις καλεῖν ἐφίει. *Neque dominum a liberis hominibus: neque Imperatorem, nisi a militibus, se vocari permittebat*; & paulo infra: καὶ πολλάκις γε ἔλεγεν, ὅτι δεσπότης μὲν τῶν δούλων, αὐτοκράτωρ δὲ τῶν στρατιωτῶν, τῶν δὲ λοιπῶν πρόκριτος εἰμί. *Sæpe dicebat, sum quidem dominus servorum militum Imperator: ceterorum vero Prin.*

*Princeps*. Utrobique utitur verbo δεσπότης, non vero κύριος. Aristid. in laudata oratione apposite distinguit regem, & imperatorem ab hujusmodi domino. Ait enim de legibus Persarum: οὔπω γὰρ ἦτε καὶ ἀρχὶ τὸ εσπόζειν διήρυτο: ἀλλ' ἦν ἴσον βασιλεύς καὶ δεσπότος *Nondum imperium a dominatu distinguebatur, nec differebat Rex a domino*. Utitur verbis δεσπόζειν & δεσπότης. Non ignoro, quod etiam aliquando more Persarum Princeps dicitur δεσπότης, ut apud Lucianum δεσπότης 'Ασιας. distinguitur tamen a verbo κυριος juxta propriam significationem. Demosthen. *pro Coron.* δεσπότης, ἡγεμὼν κύριος πάντων. *Dominus, dux potestatem habens omnium*. Illud refertur ad eos, qui serviunt: hoc ad eos, qui sunt Imperio, ac potestati subjecti. Dicitur enim κῦριος quasi κῦρος ἔχων, hoc est, potestatem & auctoritatem habens. Ideoque κύριος est, qui summam potestatem habet, ut recte animadvertit Budæus in *Comment. Ling. Græc.* Demosth. *de fals. legat.* τὴν βουλῆς ποιήσαντος τῦ δήμυ κύριαν ἀπιεναι τὰς πρέσβεις τὴν ταχίστη. *Cum populus Senatui potestatem dedisset quam citissime dimittendi legatos*. Polib. *de Polit. Roman.* τιμωρίας κύριος ὁ δῆμος. *Pœnæ arbiter populus*: summa puniendi potestas penes populum. Demosth. καὶ τὰ κυρια ἄθλα ποτ' ἐστὶν ον ἑκάστῃ τῶν πόλεων. *Et quicumque summates in quacumque civitate potestatem habent*. Notat Budæus, etiam tutores κύριυς appellatos. Hoc amplius, quæ rata, firma sunt & pollent auctoritate κυρια dicuntur: hinc κύριος νόμος, κυρια γνώσις, κυρια ἡμέρα, fixa, & præstituta dies.

12 His probe constitutis, quid est, in quo reprehendi possit Antoninus? Numquid non habebat supremam in mundo auctoritatem, ac potestatem? Et hoc sensisse Antoninum perspicue appatet: quemadmodum enim se ipsius mundi dominum vocat, ita & legem dominam maris: atqui lex non habet verum, propriumque maris dominium, sed auctoritatem, ac potestatem disponendi de rebus maritimis, quam ipsi tribuit legislator, qui ipsam condidit, sanxitque & sua auctoritate comprobavit. Scite Cic. *in orat. pro A. Cluentio*: *leges* ait *esse fundamentum libertatis*, & postmodum: *Legum denique idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus*. Legis virtus est imperare, prohibere, permittere, punire, ut ait Celsus in *l. Legis virtus 7. ff. de Legib.* Imperio autem Legum obtemperare, vera libertas est. Hujuscemodi Imperium sibi arrogat Antoninus, cum ait ἐγὼ μεν κόσμυ κύριος. Haud aliter Alexander Magnus cum Anaxarchi de mundorum infinitate opinionem audiens flevit, & interrogantibus amicis, quid ipsi accidisset mali respondit: οὐκ ἄξιον δακρύειν εικοσμων ὄντον απειρων ἑνὸς οὐδέπω κύριοι γεγόναμεν. *Annon flere convenit, quod cum infiniti sint mundi, nondum unius domini facti sumus?* Simile est igitur utrinque imperium regis, ac legis: neutrum, ut nos dominio subigat, cogatque servire, comparatum est; sed ut nos regat, tueatur, saluti felicitatique nostræ consulat, atque provideat.

Quamvis autem apud Græcos nomen 13
illud κύριος sit multo lenius, ac remissius, quam apud Latinos *dominus*: tamen & apud Latinos sæpenumero indicat solummodo præcipuam auctoritatem, potestatemque, non verum dominium: Cic. *lib. 1. in Verr. Interea comitia nostra, quorum iste, sicut ceterorum hoc anno comitiorum, dominum esse arbitrabatur*, & *lib. 5. in Verr. ipsum Prætorem, quod tota Sicilia prospexeris, redemptorem decumarum, atque adeo aratorum dominum, ac Regem fuisse*. Id. *lib. 3. de Legib. Senatus dominus publici consilii*. Id. *pro Corn. Balb. Sui quemque juris retinendi, ac dimittendi esse dominum*: hoc est, habere facultatem, potestatemque. Id. *lib.*

Digitized by Google

*lib.* 3. *de offic. Una quædam virtus omnium domina & regina virtutum*. Et de animo: *eumque ut dominum, atque imperantem obedienti præfecit corpori*. Recte. Ait enim *pro A. Cluent. Mens, & animus & consilium, & sententia civitatis posita est in legibus*. Ut corpora nostra sine mente, sic civitas sine lege, suis partibus, ut nervis ac sanguine & membris, uti non potest. Sicut igitur animus dominatur in corpore, ut ipsum conservet, ac regat, quo vigeat, crescat, & omnibus muneribus corporis apte congruenterque fungatur: ita Princeps legesque dominantur in civitate. Quocirca dominium Principis neque tollit dominium privatorum, neque ipsi obest, aut adversatur, sed tuetur, atque conservat. Recte Seneca *de Benefic. lib.* 7. *c.* 4. *Jure civili omnia regis sunt: & tamen illa, quorum ad regem pertinet universa possessio, in singulos dominos descripta sunt, & unaquæque res habet possessorem suum*. Subjicit deinde: *Ad regem enim potestas omnium pertinet, ad singulos proprietas*. Dominium regis consistit in suprema illa potestate præcipiendi: cæterum verum dominium, videlicet jus perfecte disponendi de rebus suis habent ipsi privati. Verbum enim *proprietas* apud Senecam non pro nuda proprietate est accipiendum, sed pro pleno, perfectoque dominio, ut sæpe accipitur in jure nostro *l. qua ratione* 9. §. *item si* 6. *ff. de acquir. rer. dom. l. si procurator* 13. *ff. eod. & l. cum in corpus* 36. *in fin. eod.* Id. Senec. *Totus ager hujus aut illius Reip. est, &c. ideoque donare agros nostros Reip. possumus, quamvis illius esse dicantur, quia aliter illius sunt, aliter mei*. Et *c.* 5. *quemadmodum sub optimo Rege omnia rex imperio possidet, singuli dominio*. Copiose admodum Dio. Chrysostom. *in Rhodiaca, pag. mihi* 324. *& seq.*

14 Neque hæc abhorrent a jure nostro, in quo pluribus modis dominium dicitur. In *l. Pronuntiatio* 195. §. *familiæ ff. de V. S. Paterfam appellatur, qui in domo dominium habet*. Dominium, hoc est, summam potestatem. Dominus enim a domo. Ennius apud Ciceronem: *O domus antiqua, quam dispari domino dominaris!* Quare Lactant. *lib.* 4. *instit.* ait, dominum eumdem esse, qui & pater. Pater enim in domo supremam habet potestatem, & auctoritatem. Habebant etiam Romani dominium de jure quiritium, quod modis solemnibus acquirebatur, & dominium bonitarium, quod transferebatur simplici traditione. Qui erat dominus de jure quiritium, habebat summum, legitimum, perfectumque dominium: alter habebat rem in bonis, & ex ea commodum omne percipiebat. Quo pertinet illud Ciceronis in *epist.* 30. *lib.* 7. *Nisi haberem socium studiorum meorum Atticum nostrum, cujus quando proprium te esse scribis mancipio, & nexu; meum autem usu, & fructu; contentus isto sum*. Id enim cujusque est proprium, quo quisque fruitur atque utitur. Et in *Epist.* 29. *Sum enim* χρήσει μὲν *tuus*, κτήσει δὲ *Attici nostri. Ergo fructus est tuus: mancipium illius*.

Verum & aliæ sunt hujus vocis significationes. In *l. in venditionem ff. de reb. auct. jud possid.* appellatione domini fructuarius quoque continetur, & dominium ususfructus dicitur in *l.* 3. *in fin. ff. si ususfr. pet.* & servitutes dominii appellatione continentur *l. semper* 15. §. *ergo* 8. *ff. quod vi aut clam*; & dominium hæreditatis nominatur in *l. his verbis* 42. *in princ. ff. de hæred. instit.* dominium proprietatis in *l. acquiruntur* §. 10. *de iis & l. quod fructuarius* 40. *ff. de acquir. rer. dom.* Quid? quod etiam ille, qui in conviviis erat arbiter bibendi, ut vocatur ab Horatio, & modimperator dicebatur, quia modum ac normam bibendi præscribebat, & imperabat, a Cic. *in Verr. in frumentaria* 15



Digitized by Google

dominus dicitur. *In cubiculo solus, in convivio dominus.* Neque enim assentior Cujacio, qui putat hic dominum dici, qui convivium exhibet, quod aliquando significari non abnuo, ut Non. Marcell. affirmat. Verum hoc loco nihil leporis ac salis haberet. Qui in convivio Leges ponebat, rex ac dominus vocabitur. Horat. *lib.* 1. *od.* 4.

*Nec regna vini sortiere talis.*

regem ac dominum junxit Mart. ut supra:

*Qui me respiciet regem, dominumque vocabo?*

Apronius igitur in convivio erat dominus, rex, modimperator; Leges ponebat, quibus Verres ipse obtemperabat. Id. Cic. *lib.* 5. *Iste enim Prætor severus, ac diligens, qui populi Romani legibus nunquam paruisset, illis diligenter legibus, quæ in poculis ponebantur, obtemperabat.* De conviviis Verris paulo post: *Hue omnes mulieres, quibuscum iste consueverat, conveniebant, quarum, incredibile est, quanta fuerit Syracusis multitudo: huc homines digni istius amicitia, digni vita illa, conviviisque conveniebant. Inter ejusmodi viros, ac mulieres adulta ætate filius versabatur:* & reliqua, quæ sequuntur. Sæpe autem ejusmodi convivia exprobrat Verri Cicero. In his conviviis dominabatur Apronius, cui magisterium Verres deferebat, non jactu talorum assequebatur. Cato apud Cic. *de Senect. Me vero, & magisteria delectant a majoribus instituta, & is sermo, qui more majorum a summo magistro adhibetur in poculis.* Exprobrat igitur Verri familiaritatem, & quotidianam ac domesticam Apronii hominis nequissimi consuetudinem, qui ei adsidebat proximus in tribunali ad corrumpenda judicia, solus in cubiculo, ut cum eo de furtis, ac libidinibus consultaret: dominus in convivio, ut leges conviviis poneret, magister, rex, dictator, strategus, ut hunc vocat argute Plautus. Scite autem opponit illa duo Cicero: *in cubiculo solus, in convivio dominus*: in cubiculo enim solus, ut secreto de rebus pessimis colloqueretur: in convivio vero dominus, ut in illo strepitu, & incondito clamore convivarum multitudini imperaret. Sed jam eo, unde digressi sumus, revertamur. Idem Cicero judicem vocat dominum rei. *lib.* 2. *de orat.* & judiciorum dominos *lib* 1. *in Verr.* & dominos auctionum in *orat. pro P. Quinct.* omnesque alios, qui aliqua potestate præditi sunt.

At Imperator Antoninus non habebat supremam potestatem in toto mundo. Huic argumento respondet Aristides in laudata oratione. *Quid? quod nihil vos effugit, non urbs, non gens, non portus, non locus ullus, nisi quem pro inutili habuistis.* Appian. in præfat. *In summa ut sunt prudentes, contenti maritimis regionibus omnium optimis, malunt has excolere, quam Imperium in infinitum proferre ad gentes barbares, inopem domi, & nil facci afferentes dominis. Quarum aliquod ego vidi in urbem legatos venisse, ut se, suosque populares dederent: nec receptos ab Imperatore, ut ipsi inutiles, &c.* Græca prætermisi, ne fastidio sim græcarum litterarum fastidiosis. Galgacus ille Britannus apud Tacit. *in vita Agric.* in Romanos Britanniam bello lacessentes acerbe invehitur. *Sed nulla jam ultra gens, nihil nisi fluctus, & saxa: & interiores Romani, quorum superbiam frustra per obsequium & modestiam effugeris. Raptores orbis postquam cuncta vastantibus defuere terræ, & mare scrutantur: Si locuples hostis est, avari; si pauper, ambitiosi: quos non Oriens, non Occidens satiaverit &c. Interiores Romani*: verba hæc nemo fere approbat: omnes ea mutant, alii aliter. Ego nihil mutandum censeo. Ait enim, quod ultra Britan-16

tanniam nulla gens, nihil nisi fluctus, & saxa: intra vero esse Romanos, qui non solum totum terrarum orbem occupaverant, sed etiam magna ex parte Britanniam, & ut totam in potestatem redigerent, summa ope certabant. Supra dixerat: *nullæ ultra terræ, ac ne mare quidem securum*, & deinceps: *nos terrarum ac libertatis extremos*. Ultra Britanniam & Oceanum nihil erat, quod in ditionem redigere possent, intra Oceanum omnia subegerant: ulteriora non poterant, quia non erant; interiora jam possidebant. Claudian. I. *in Eutrop.*

> —— *Omne, quod ambit*
> *Oceanus, domui.*

& iterum

> *Nec stetit Oceano, remisque ingressa profundum*
> *Vincendos alios quæsivit in orbe Britannos.*

In alio orbe sitam Britanniam opinabantur. Virg. *eclog.* I.

> —— *& toto divisos orbe Britannos.*

Ultra Britanniam nihil esse. Eumenius Rhetor. *Ultra Oceanum vero quid erat præter Britanniam*: Imo ultra progredi non licere putabant. Id. *nulla progrediendi causa superest, nisi si (quod natura vetuit) fines ipsius quærantur Oceani.* Et Arrianus: Θεῷ τινὶ διειργμ. Θεῶν ἀνδιερεχίσιν dixit, *alia loca fatali quadam Deorum potentia non fuisse inventa*. Itaque Britanniam orbis terminum vere dicit Tacitus: ita etiam Catullus *ultimam Britanniam*, & Horatius *ultimos orbis Britannos*. Censenda enim & æstimanda res est non secundum notitiam, quam nunc habemus: sed secundum eorum temporum opinionem.

17 His expositis, plana est & perspicua, nullisque involuta difficultatibus legis sententia. Naufragus Eudæmon direptus a publicanis Cycladum, contra direptores supplicat Imperatorem, eumque invocat, *Domine Rex*, κύριε βασιλεῦ Ἀντωνῖνε. Antoninus audita Eudæmonis prece respondit, se dominum quidem esse, (refutavit nomen Regis, quod apud Romanos erat odiosum), scilicet mundi dominum, hoc est, se obtinere potestatem, & imperium mundi. Hoc autem non dixit, ut se magnifice jactaret, sed ut imperium, & potestatem suam cum lege partiretur, ac legi Rhodiæ communicaret, & rationem redderet, & causam afferret, cur preces supplicantis non exaudiret, nec in ea causa quicquam vellet decernere: nempe quia decidenda erat ex præscriptione Legis Rhodiæ, quam in rebus maritimis observari volebat, sicut etiam Augustus olim judicaverat. Viden ut ejusmodi rescriptum seu potius responsum sit plenum moderationis, humanitatis, justitiæ? Imperium mundi, quod ipse habebat, legi communicat. Quamvis sit Imperator, sibi non afferit auctoritatem decernendi, atque ne causæ quidem cognitionem. Facti rationem reddit supplicanti, comprobat eam exemplo & auctoritate Augusti quem honorificentissime θειότατον, divinissimum, appellat: qui titulus tum temporis non erat adeo usitatus, quamvis postea gliscente adulatione invaluerit, ut constat ex Evagrio *Lib.* 3. Eusebio *Histor. Eccles. Lib.* 9. Socrat. *Lib.* 6. & aliis.

Species hujus legis desumi potest a 18
M. Tullio, qui in *Lib.* 2. *de inventione* hujusmodi quæstionem, causamque proponit. *Lex est apud Rhodios, ut si qua rostrata in portu navis deprehensa sit, publicetur. Cum magna in alto tempestas esset, vis ventorum invitis nautis Rhodium in portum navim coegit. Quæstor navim populi vocat. Navis dominus negat publicari oportere.* Et infra: *Judicatio est. Cum rostratam navim in portu deprehensam lex publicarit, cum-*

que

*que hæc navis invitis nautis vi tempestatis in portum conjecta sit: oporteatne eam publicari?* En judicatio Eudæmonis. Legem hanc latam fuisse puto, postquam Heraclides Tarentinus fraudulenter a Rhodiis in portum receptus, opem in bello contra Philippum ab illo sperantibus, naves eorum incendit, ut nar-
19 rat Polyæn. *lib.* 8. Sylla insulas quasdam Rhodiis attribuit. Cic. *Lib.* 1. *epist.* 1. *ad Q. Fratr. Caunii nuper omnes ex insulis, quæ erant a Sylla Rhodiis attributæ, confugerunt ad senatum nobis ut potius vectigal quam Rhodiis penderent.* At Dion Chrysost. *in Rhodiaca* ait Caunios propter excedentem dementiam atque nequitiam duplici servitute oppressos non solum Rhodiis, sed etiam Romanis servire. Non est igitur, ut mihi videtur, ambigendum Caunios & insulas Rhodiis attributas iisdem legibus usas fuisse. Illud verisimile est plerasque etiam insulas Aegæi maris, leges, & navalem disciplinam Rhodiorum adscivisse: Rhodii enim imperium maris diu tenuerunt. Strabo *Lib.* 14. ἐθαλαττοκράτησε πολὺν χρόνον, *imperium maris diu tenuit.* Euseb. *in Chron.* τέταρτοι ἐθαλαττοκράτησαν Ῥόδιοι, κατὰ δέ τινας πέμπτοι. *Quarti maris imperium tenuerunt Rodii, & secundum aliquos, quinti* Aristid. *in Rhodiaca* ἐπιθυμεῖτε δὲ τοῖς λιμέσι τὰ νεώρια ὅσα καὶ οἷα ἦν ὅτε τῆς θαλάττης ἐκρατεῖτε. *Incumbentia vero portubus navalia, quanta & qualia fuerunt, cum imperio maris potiebamini.* Dion. Chrysost. *in Rhodiaca orat.* 31. *in princ.* τοῦτο ἐποίησε τοὺς ὑμετέρους προγόνους ἅπασαν γῆν καὶ θάλατταν ἐμπλῆσαι τροπαίων. *Hoc in causa fuit cur majores vestri omnem terram & mare trophæis impleverunt.* Et circa medium οὔτε Μιθριδάτης καθαιρεθεὶς οὐδὲ Ἀντίοχος οὐδὲ ἡ τῆς θαλάττης ἀρχὴ παραδοθεῖσα διὰ πολλῶν κινδύνων καὶ πόνων. *Neque devictus Mithridates, neque Antiochus, neque maris imperium per multa pericula laboresque acquisitum.*

Item celeberrimæ erant Rhodiorum 20 leges, & disciplina navalis Cic. *pro Lege Manil. Non Rhodiorum, quorum usque ad nostram memoriam disciplina navalis, & gloria remansit.* Strabo, *Lib.* 14. θαυμαστὴ δὲ καὶ ἡ εὐνομία καὶ ἡ ἐπιμέλεια πρός τε τὴν ἄλλην πολιτείαν καὶ περὶ τὰ ναυτικά ἀφ' ἧς ἐθαλαττοκράτησε πολὺν χρόνον. *Admirabilis vero est legum constitutio & cura tum Reip. tum rei nauticæ, qua maris imperium obtinuit.* Dion *in Rhodiaca*: συνεχῶς τριήρεις πλεῖν οὐ μέχρι Κύπρου καὶ Κιλικίας, ἀλλ' ὅτε μὲν εἰς Αἴγυπτον, ὅτε δὲ εἰς τὸν Εὔξεινον, τὸ δὲ πάλαι ποτὲ ἐν αὐτῷ τῷ Ὠκεανῷ. *Assidue triremis navigare non solum usque Cyprum & Ciliciam: sed aliquando in Ægyptum, aliquando in Euxinum, denique in ipso etiam Oceano.* Ait autem Rhodios emisisse aliquando classem centum & complurium navium, & rursum septuaginta & aliarum triginta, atque has interdum non nisi post triennium aut quadriennium revertisse. Liv. *Lib.* 37. *Præstabant Rhodiæ naves agilitate, & arte gubernatorum, & scientia remigum.* Ipsi etiam piratis mare purgarunt. Strabo: καὶ τὰ λῃστήρια καθεῖλε Et servandorum hominum causa longe a patria navigarunt, & in Hispaniam colonias deduxerunt, & Baleares insulas condiderunt, ut refert idem Strabo. Quocirca & e mari natos fuisse fabulabantur, ut refert Diod. Sicul. *Lib.* 5. & Jovem aureum imbrem supra Rhodum effudisse & aureis nivibus urbem irrigasse, ut Hom. *Iliad. Lib.* 2. & Pindar. *Olymp. od.* 7. quorum meminit Arist. *in Rhodiaca* & alii non pauci. Nimirum navigatio, & mercatura, & potentia immensas opes congesserunt. Propterea apud nonnullos Rhodii erant oppido invidiosi, ut monet Dion. *in Rhodiaca*. Cum igitur & legum præstantia, & rei nauticæ scientia, & opulentia, ac potentia cæteris longe antecellerent Rhodii, vero simillimum est, non solum insulas ipsis subjectas, sed etiam pleras-

que

que alias Ægei maris eorum leges & instituta servasse.

21 Finge jam, quod profecto non erit a veritate alienum, Eudæmonis navem jactatam tempestatibus & afflictam ad Cauni portum, vel aliquam insulam, quæ Rhodiorum Lege regeretur, appulisse, publicanos autem navim, quam publicam factam fuisse contendebant, diripuisse Legis Rhodiæ prætextu: & Eudæmonem imploraffe opem Antonini, eumque respondisse, rem hanc Lege Rhodia decidendam. Annon hæc omnia sunt justitiæ consentanea & juris ordini conveniunt? Atqui Lex Rhodia tantummodo de nave rostrata scripta erat. Quid? an quisquam vidit navem Eudæmonis, ut certo possit affirmare, eam non fuisse rostratam, adeoque Lege Rhodia non fuisse comprehensam? Scio, in minoribus navigiis rostra imponi non consuevisse, sed navibus longis. Hirt. *de bello Alexandr. c.* 44. *Vatinius cum paucas in portu naves longas haberet, navibus actuariis, quarum numerus satis erat magnus, magnitudine quamquam non satis justa ad præliandum, rostra imposuit.* Vitruv. *Lib.* 10. *Is aries habuerat de ferro duro rostrum, ita ut naves longæ solent.* Recte *solent*. Non enim omnes longæ naves habebant rostrum æneum, aut ferreum, sed illæ tantum, quæ ad bellum, & prælia construebantur. Argumento est, quod thalamegi naves rostris erant ornatæ. Eas enim θαλαμηγα χρυσόπρυμνα καὶ χρυσεμβολα, dicit Appianus *in Præfat. thalamegi auratis puppibus ac rostris.* Thalamegos autem a navibus æratis distinguit Senec. *de Benef. Lib.* 7. *c.* 20. imo has illis opponit. *Cui triremes, & æratas non mitterem, lusorias, & cubiculatas, & alia ludibria Regum in mari lascivientium mittam. Triremes, & æratas beneficii rependendi caussa mittendas non esse Regi fero immanique, qui perniciem exitiumque populis earum ope sit allaturus.* Hæ enim ad bellum paratæ erant. *Cubiculatas*, hoc est, thalamegos, quæ ad fovendam lascivientis luxuriam sunt ædificatæ, mitti quia nulli perniciem afferunt. Celeberrima est navis thalamegus a Ptolomæo Philopatore constructa, ut Nili navigatione luxuriaretur, quam concinne copioseque describit Athen *Dipnos. Lib.* 5. & thalamegus Cleopatræ, in qua cum Cæsare luxuriabatur. Sueton. *in ejus vita c.* 52 *Cum qua & convivia in primam lucem sæpe protraxit, & eadem nave thalamego pene Æthiopia tenus Ægyptum penetravit.* Igitur naves rostratæ quædam habebant rostrum ære ferrove, ut plurimum tricuspide armatum, quo naves inimicas incursu præcipiti foderent, ac scinderent, ac sæpe submergerent: atque hæ naves *æratæ* dicebantur. Aliæ habebant rostrum neque ferro neque ære munitum, vel ornamenti caussa, vel ut facilius maris undas finderent, & mare sulcarent. Scite Virgil. 5. *Æneid.*

*—— totumque dehiscit*
*Convulsum remis, rostrisque tridentibus æquor.*

Lucan. *in Lib.* 3.

*—— nam murmure vasto*
*Impulsum rostris sonuit mare.*

Id Virgil. *Lib.* 1. *vers.* 39.

*Vela dabant læti, & spumas salis ære ruebant.*

Sed hæc accuratius examinare non est hic locus. Plane Eudæmonis navem, qua tam magnum iter in Italiam usque conficiebat, rostratam fuisse non dubito. Quid enim, si in piratas incidisset?

Nec illud quidem ambigendum puto, 22 quin Lex Rhodiorum longius protracta fuerit atque producta usu invalescente, & publicanorum audacia, & aviditate. Porro Antoninus ad frænandam eorum improbitatem constituit in *L.* 1. *C. de nau-*

naufrag. *Si quando naufragio navis expulsa fuerit ad litus, vel si quando aliquam terram attigerit, ad dominos pertineat; fiscus meus sese non interponat. Quod enim jus habeat fiscus in aliena calamitate, ut de re tam luctuosa compendium sectetur?* Hanc Legem Antonini esse, licet aliter inscribatur, recte putant eruditi. Patet ex *l. ult. ff. de incendio, ruina, naufrag. Licere unicuique naufragium suum impune colligere constat: idque Imperator Antoninus cum Divo Patre rescripsit.* Vide, quo processerat improbitas publicanorum. Recte Juvenalis.

*Res fisci est, ubicumque natat.*

Tacit. *Lib.* 13. *annal.* 50. *Eodem anno crebris populi flagitationibus immodestiam publicanorum arguentis, dubitavit Nero, an cuncta vectigalia tolleret: idque donum generi mortalium daret;* & paulo post: *Temperandas plane publicanorum cupidines, ne per tot annos sine querela tolerata novis acerbitatibus ad invidiam verterent.* Subjicit hic edictum Imperatoris. Frequentes erant populorum querelæ ad Senatum contra publicanos. Cic. *ad Attic. lib.* 1. *Ep.* 15. *Cato, qui miseros publicanos, quos habuit amantissimos sui, tertium jam mensem vexat, neque a Senatu responsum dari patitur &c. quare etiam legationes rejectum iri puto.* Maxime contra Rhodios De Cauniorum querelis Cicero ad *Q. Fratrem epist.* 1. *lib.* 1. cujus verba supra attulimus. Liv. *lib.* 41. *Æque miserabilis legatio Lyciorum, qui crudelitatem Rhodiorum, quibus a L. Scipione attributi erant, querebantur: fuisse sub ditione Antiochi: eam regiam servitutem collatam cum præsenti statu præclaram libertatem visam.* Caunii quoque aliquando a Rhodiis defecerunt, sed judicio Romanorum iterum in ditionem redacti. Strabo, *lib.* 14.

---

## CAPUT V.

### *Ad Eandem L.*

### SUMMARIUM.

*I Expenditur V. Cl. emendatio.*
*II Æthalia est Ilva insula in Thusco mari, ferri fodinis celebris, & n. III. IV.*
*V Contraria Ptolemæi & Strabonis loca explicantur.*
*VI Si legatur Æthaliæ pro Italia, distantia a Cycladibus augetur.*
*VII Æthalia non est Chios, neque Lemnos & n. VIII.*
*IX Prava consuetudo diripiendi naves, ubi naufragium fecerunt.*
*X Naves naufragæ in oras longe dissitas nonnunquam jactatur.*
*XI Idem jus habent Principes in gentes ac provincias ipsis subjectas, quod habebat olim Romanus Imperator in totum mundum, cui tunc dominabatur.*
*XII Lex auctoritatem habet a Principe, vel a populo, nihilque detrahit eorum dominio.*

SUperiori dissertationi laciniam attexam. Hanc legem magni nominis Critici, ex sua libidine quisque corrigit. Singulas emendationes non persequar: longum id esset, atque inutile: nam futiles sunt fere omnes. Illam tantum attingam, de qua Vir Clarissimus gloriatur: & quidem non temere: est enim digna viro doctissimo, & de jurisprudentia optime merito. Exponit Eudæmon Antonino calamitatem suam: *naufragium in Italia facientes direpti sumus a publicanis, Cyclades insulas habitantibus.* Qui fieri potest, ut hæc I
contingant in locis adeo distantibus, longeque sejunctis? In hunc scopulum omnes impingunt, atque adeo naufragium faciunt. Optime atque expeditissime scopulum prætervehitur vir eruditissimus: pro *Italia* enim reponit *Æthaliam*. Cur hanc emendationem non probem omnino, in causa est, quod & a legibus corrigendis sum alienissimus; & quod hæc mutatio, locorum distantiam

tiam auget, non minuit.

Æthalia insula est Ilva in Thusco mari sita, ferri fodinis celeberrima. Plin. *Lib.* 3. *c.* 6. *Ilva cum ferri metallis a Græcis Æthalia dicta* Strabo *Lib.* 5. *His multo vicinior continenti est Æthalia ad CCC. stadia inde, to-*
3 *tidemque a Corsica distans*. Et paulo post: *Illud vero omnino insolitum & singulare habet Æthalia, quod cavitates, unde sunt effossa metalla, rursus tractu temporis replentur*. Multa alia subdit de Æthalia, quæ perspicue demonstrant Ilvam esse.

Cum effossa metalla assidue renascantur, & ea nunquam exhauriantur, idcirco Virgil. *Lib.* 10. *Æneid.*

> *Ast Ilva trecentos.*
> *Insula inexhaustis chalybum generosa metallis.*

Vere *inexhaustis* cum etiam post mille septingentos annos adhuc adhuc effodiantur in maxima copia. Rutil. *in Itiner.*

> *Occurrit chalybum memorabilis Ilva metallis.*
> *Qua nihil uberius Norica gleba tulit.*

Id. Strabo non multo post: *Ab omni regione inter Populonium & Pisas non obscure conspiciuntur insulæ. Quarum tres oblongæ parallelis fere lineis Noto Lybiæque observæ, earumque minima est Æthalia*. Diodor. Sicul. *Lib.* 5. *Nam ad oppidum Etruriæ, quod Populonium dicitur, Æthalia jacet, quæ a Lipara centum ferme stadia distat, quæ nomen accepit a copia fuliginis & favillæ*. Stephan. de Urb. *Æthale insula Tyrrhenorum, auctore Hecatæo in Europa. Videtur autem ita appellata a ferro, quod in hac insula conficitur. Philistus vero in lib. 5. rerum Sicularum eam Æthaliam vocat, quemadmodum etiam*

*Herodianus, & Orus*. Aristotel. in *Mi-* 4
*rabil. In Hetruria fertur quædam insula, Æthalia nuncupata: in qua ex eodem metallo prius quidem æs effossum fuit, unde omnia vasa ænea apud illos esse feruntur*. In ea enim continetur copiose lapis, qui plurimum ferri commixtum habet, quem scindunt ad stricturam & conflaturam ferri, &c. Negat hoc Strabo: *Vidimus etiam, ferrum ex Æthalia allatum, neque enim potest ea in insula in stricturam cogi, sed simul ac effossum, perfertur in continentem*. Idem negat etiam Varro, ut refert Servius ad superiorem Virgilii versum: *Varro & aliud dicit, nasci quidem illic ferrum, sed in stricturam non posse cogi, nisi transvectum in Populoniam Thusciæ civitatem*. Ob penuriam lignorum arbitror id evenisse: nam & hodie ob hanc causam in continentem trasportatur. Cæterum antiquitus ibi fornaces fuisse ad ferri conflaturam non dubito, cum ab illis insula nomen acceperit, ut innuit Diodorus. Ab αἴθω enim αἰθάλω, αἰθαλόω quod significat *ardeo, comburo*, appellata fuit *Æthalia* ob fornaces, in quibus ferrum cogebatur in stricturam. Sed crescente usu ejus metalli, & sylvis paulatim excisis, necesse fuit aliò ferrum transferre excoquendum, conflandumque. In Æthalia sive Ilva erat portus, qui a navi Argo dicebatur Argous. Diodor. *lib.* 5. *de Argonautis*: *Circa Etruriam navigantes, in insulam, quæ vocatur Æthalia, delati, portum in ea pulcherrimum omnium, qui in illis locis sunt, Argoum a navi Argo nuncuparunt, quod nomen ad hanc usque diem retinet*. Nunc a ferro vocatur Portus Ferrarius, sicut Ilva dicitur *Elba*, quo nomine etiam a Gregorio Magno fuit appellata, *lib.* 3. *Dial. cap.* 11.

Non ignoro Ptolemæum, & Strabo- 5
nem Æthaliam ab Ilva distinguere. Ille insulas Thyrrheni maris recenset Gorgonem, Æthalem, Caprariam, & Ilvam.

Ilvam. Hic lib. 2. πρόσγειοι δὲ Αἰθαλία τε καὶ πλανασία καὶ Ἴγυα. *Ad continentem vero sitæ Æthalia, & Planasia, & Ilua:* Quod ad primum attinet, doctissimus Salmasius observat Ptolemæum non semel loca vel urbes duplicare, quoties earum nomen latinum discrepat a græco. Solinus: *Clypeam civitatem Siculi extruunt & Aspida nominant*. Ptolemæus autem ex una duas fecit, Clypeam, & Aspida. Κλυπαία, Ἑρμαία, ἄκρο, Ἀσπυίς. Ita pariter Pithecusam & Ænariam tamquam differentes insulas recenset, cum tamen utraque eadem sit, a simiis appellata tum latine, tum græce. Sic etiam Æthaliam & Ilvam quasi diversas insulas recensuit, cum tamen eadem sit Æthalia græce, latine Ilva nominata: quod nomen a Græco scite deducit idem Salmasius. Quod ad Strabonem autem, doctissimus Casaubonus notat, in quatuor antiquis codicibus manuscriptis non reperiri verba illa, καὶ Ἰλύα, adeoque adjecta fuisse ab aliquo, qui in Ptolemæo legerat has duas insulas, quasi diversas. Nec aliter se res habere potest: non solum enim ab omnibus scriptoribus eadem censetur, sed etiam ab ipso Strabone, qui ubi describit Æthaliam, ut in libro quinto, ei tribuit omnia, quæ singulariter conveniunt Ilvæ. Præterquam quod hæc insula Æthalia ab Ilva distincta in mari Thyrrheno nusquam reperitur.

6 Sed utcumque sit, quod ad rem nostram pertinet, nihil omnino refert, utrum duæ sint insulæ separatæ, an vero una tantummodo. Etenim cum præter omnes alios scriptores, etiam Ptolemæus & Strabo Æthaliam recenseant inter insulas Etruriæ adjacentes, illud consequens est, Eudæmonem naufragium in Italia fecisse: & si legamus Æthaliam pro Italia, augeri, non minui locorum distantiam. Quoniam si ad Rhegium, ad Scyllæum oppidum, ad Zephyrium promontorium, vel aliquod aliud eorum, quæ sunt in extremo Italiæ margine, ut Leucopetra, & Cænys, & alia, naufragium factum fuisse fingamus, multo propius ad Cycladas factum erit, quam si in insula Æthalia.

At enim Plinius etiam Chium inter 7
Lesbum & Samum sitam nuncupari Æthaliam refert *lib. 5. c. 3.* cujus auctoritate movetur V. Cl. Ego contra adduci non possum, ut credam, Eudæmonem de Chio sensisse. Neque tanti est, ut me moveat Plinii auctoritas. Primum quia Plinius non ait, Chium vocari Æthaliam, sed quod Ephorus prisco nomine sic eam appellavit. Verba Plinii: *Chios libera, quam Æthaliam Ephorus prisco nomine appellat*. Non vocabatur Æthalia, Plinii ætate, sed Chios, vel a Chione Nympha, vel a nivibus, quibus montes ad Boream & Occidentem operiuntur. Stephan. *de Urb.* ἐν δὲ πόλις Χίος ἀπὸ Χίου τῆς Ὠκεανοῦ ἢ ἀπὸ τοῦ χιόνος τῆς ἐκεῖ γιγνομένης πολλῆς, ἢ ἀπὸ Νύμφης τῆς Χίονος. *Inest autem Chios urbs a Chio Oceani filia, vel à nive, quæ ibi copiose decidit; vel à Nympha Chione*. Cur Æthalia dici deberet, nulla ratio est, cum ibi neque metalla effodiantur, neque fornacibus ignis anhelet, ut ait poeta. Singulariter igitur eam ita appellavit Ephorus, & quidem prisco nomine, non usitato: rectene, an secus, non exquiro. Porro Æthaliæ no- 8
mine Lemnum potius significari credere; quæ non longe distat a Cycladibus, & Æthalia nominabatur etiam ætate Polybii, teste Stephano, cui nomen hoc maxime conveniebat ob Vulcani officinas, ut in Etymol. Magno in verbo Αἰθάλη. Certe hoc nomen Chio minus convenit: & Ephorus etsi fuerit præclarus historicus, tamen sæpe numero a Strabone reprehenditur, quod interdum a vero aberret, interdum fabulas intermisceat, interdum fingat absurda. Sed Ephori existimationi nihil detractem volo. Fortasse Chion Æthaliam

liam vocavit, quia Glaucus Chius ferruminationem invenit excellens ferri fabricator: de quo Herodotus *lib.* 1. Athenæus *lib.* 5. Pausan. *in Phoci*. Licet Stephanus eum Samium fuisse dicat. Qui etiam Ephoro videtur assentiri. Δύναται τὸ Αἰθαλίτης ἀντὶ τοῦ χῖος, οὕτω γὰρ ἡ χῖος, ἐλέγετο *Potest etiam Æthalita sumi pro Chio: ita enim Chios dicebatur*. Verumtamen credimusne, Navarchum tam eruditum fuisse & gnarum antiquitatis, ut sciverit Chion Æthaliam fuisse appellatam ab Ephoro, qui sexcentis fere annis ante floruerat? Fac scivisse. Quid est, cur locum Imperatori designaturus, ubi naufragium fecerat, inusitatum nomen ejus indagaverit; tritum, & commune reliquerit? Ecquis tam fatuus, qui, ut exponat Imperatori, se Rhodi fecisse naufragium, dicat se apud Æthræam, vel Telchinem, vel Pontiam, vel Pelagiam, vel Trinacriam, vel Asteriam naufragium fecisse, licet his nominibus Rhodus a Scriptoribus nuncupetur? Præterea cum Ilva Romanis notissima, & in eorum fere conspectu sita, Græce Æthalia diceretur (quod Græcus nauclerus sive piraticam, sive mercaturam exerceret, utique scire debebat) stultus plane fuit, si Æthaliam pro Chio nominavit, quo nomine in errorem facile induci potuit Imperator, putans eum de Ilva, non de Chio loqui, quemadmodum quilibet putaverit de Sicilia loqui, non de Rhodo eum, qui Trinacriam nominaverit. Erat quidem & Chios tum propter vina, quæ Romam advehebantur, celebratissima, tum propter marmora, sed hæc omnia Chia dicebantur: nomen Æthaliæ incognitum præterquam ad notandam Ilvam. Quis credat igitur, tam fatuum fuisse Eudæmonem, ut recondito ac retruso nomine uteretur in expositione suæ calamitatis, relicto nomine usitato, ne ab Imperatore intelligeretur? Est ne hoc sani hominis?

5 Denique verisimile est, Eudæmonem exposuisse Imperatori naufragium in Italia factum, tum ad excitandam commiserationem, tum ad exaggerandam iniquitatem publicanorum, qui diripuerant naufragos, qui tam longe a Cycladibus naufragium fecerant. Licet enim alicubi invaluisset prava consuetudo diripiendi naves, quæ naufragium fecerant, ut constat ex ejusdem Antonini constitutione, de qua supra; tamen id fortasse observabatur, cum ibi navis naufragium fecerat, & ad litus expulsa fuerat vel ipsa navis, vel merces, & armamenta: non autem cum in longinqua regione facto naufragio salva navis ad aliquam insulam aut portum appulsa erat, ut in *l. navis 6. ff. de lege Rhod.*

Enimvero non intelligo, cur tantopere laborandum sit, ut Italiæ nomen 10 expungamus. Sunt quidem longe remota a Cycladibus Italiæ litora: sed nonnunquam accidit, navim naufragam in oras longe dissitas tempestate jactari. Neque enim semper navis ipsa demergitur, & fluctibus absorbetur. Scinduntur vela, franguntur antennæ, vadis ipsa navis illiditur: postmodum vero vel jactis in mare mercibus levata, vel aquarum impetu fluctuque decumano sublevata, scopulis vadisque detruditur, & in longinquas regiones undis jactata, vel etiam cursu tranquillo sedata tempestate defertur, cujusmodi casus proponitur a Juliano in *l. navis 6. ff. de leg. Rhod.* Ejusmodi tempestatem, qua nulla sævior, ac vehementior, describit Virgilius in primo divini operis;

> *Talia jactanti stridens aquilone procella*
> *Velum adversa ferit, fluctusque ad sidera tollit*
> *Franguntur remi, tum prora avertit, & undis*
> *Dat latus, &c.*
> *Tres notus abreptas in saxa latentia torquet, &c.*

—— *tres Eurus ab alto*
*In brevia, & syrtes urget ( miserabile visu! )*
*Illiditque vadis, atque aggere cingit arenæ.*

Quid tum? evolutæ, & fluctibus illinc detrusæ in portum Carthaginis ejiciuntur.

*Cymothoe, simul & Triton adnixus, acuto*
*Detrudunt naves scopulo, levat ipse tridenti*
*Et vastas aperit syrtes, & temperat æquor.*

Scite notat hic Nannius, quod τριτὼν est fluctus maris; Cymothoe, aquarum impetus, id enim græce significant hæc nomina; Neptunus autem est ipsum mare. Eleganter autem & more poetico fingit, a Deo liberatam fuisse classem Æneæ, quam a Deo finxerat fuisse vexatam. Vide reliqua, totamque descriptionem, quæ modum excedit admirationis humanæ. Hoc tantum interest inter naufragium Æneæ, & naufragium Eudæmonis, quod ille a Carthaginensibus fuit humaniter exceptus; hic a Cycladum incolis crudeliter direptus.

Pro coronide ut omne scrupulum evellam, alia duo leviter attingam, quæ nonnullos torquent interpretes. Quidam enim verentur, ne hac lege aliis Principibus imperium & dominium adimatur, quod in universum hic Imperatori tribuitur, & avellatur imperium maris, quod hic legi conceditur. Utrumque est
11 ineptissimum. Veteres interpretes nimio plus suaves existimarunt dominium mundi penes Imperatorem ad hoc ævi mansisse. Absurde plane. Imperator Romanus erat olim dominus mundi, quem possidebat, & ditione tenebat. Populus Romanus erat dominus omnium gentium; earum scilicet, quas armis, belloque subegerat, vel timore Romanæ potentiæ perculsas, vel publica ductas utilitate, vel amicitia illectas sub imperium ditionemque subjunxerat. Sic Imperator hoc tempore dominus est earum gentium, quæ sunt ejus potestati, imperioque subjectæ, earum provinciarum, quas possidet, quibus imperat. Quam minimam autem partem imperii Romani possidet? Haud aliter alii Reges, Principes, Populi sunt domini earum gentium, ac provinciarum, quæ sunt eorum ditioni, potestatique subjectæ. Eadem enim arte, iisdemque modis eas acquisiverunt, quibus Populus Romanus imperium mundi adeptus fuit. Nulla igitur ratio potest excogitari, cur ille fuerit dominus mundi, quem fuit adeptus, hi non sint domini provinciarum, quas similiter adepti fuerunt.

Lex itidem non adimit Populo vel 12
Principi dominium maris: ( siquidem ipsi competat: est enim de hoc inter doctos magna contentio, quæ non est hujus loci ) qua eatenus Lex domina maris dicitur, quatenus maritimas controversias decidit, & quæ in mari acciderunt, Lege judicari debent & juxta præscriptum ejus, & jussa definiri, Harmenop. *lib.* 2. *c.* 11. *Nautica omnia & quæ in mari accidunt controversiæ, Lege Rhodia deciduntur, & secundum Leges Rhodias disceptantur ac judicantur.* Quamobrem Imperator, ut dixit, Legem esse maris dominam, statim subdit: *Lege id Rhodia, quæ de rebus nauticis perscripta est, judicetur.* Bene, ut semper, Cicero in *primo de Legib. Lex est, quæ scripto sancit, quod vult, aut jubendo, aut vetando.* Idem docet Modestinus *in l. Legis* 7. *ff. de Legib. Legis virtus est imperare, vetare, permittere, punire.* Hoc est imperium Legis, hæc potestas, hoc dominium, quod nihil detrahit dominio po-

potestatique Principis, aut Populi. Unde enim habet hanc auctoritatem Lex, & potestatem, nisi a Populo vel Principe, qui eam condidit, aut ab aliis conditam recepit, & jussit observari. *l. de quibus* §. 1. *ff. de Legib. Nam cum ipsae Leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt*. Auct. ad Heren. *lib.* 2. *Lege jus est quod populi jussu sancitum est*. Ergo Legis jussum, Legis imperium, est jussum & imperium Populi vel Principis Legislatoris: nam Lex ipsa per se nullam vim habet & auctoritatem imperandi, aut vetandi, nisi eam ipsi Legislator impertiatur. *Magistratum Legem esse loquentem, legem autem mutum Magistratum*: dixit Cicero 3. *de legib. in princ.* Sicut igitur Lex loquens nihil derogat de auctoritate, & imperio Principis, quia omnem auctoritatem habet a Principe; ita & Lex muta. Amplius sine imperio Legis nec hominum universum genus, nec domus ulla, nec civitas, nec gens stare, nec rerum natura omnis, nec ipse mundus potest, ut ibidem docet idem Cicero. Quocirca sicut Lex, quae de omnibus aliis rebus disponit, & omnia regit, ac temperat, nihil detrahit de imperio Principis, ita multo minus, quae de rebus nauticis tantummodo praescribit. Idcirco subjicit Antoninus: *quatenus nulla ei nostrarum Legum adversatur*. Recepta enim & approbata fuit a Romanis Lex Rhodia in his tantum, quae non adversabantur eorum Legibus. Accepit igitur auctoritatem a confirmatione, & approbatione populi, & Imperatoris, qui eam partim abrogavit, partim confirmavit, quemadmodum Legem Hieronicam, Rupiliam, Semproniam, & alias, de quibus Cicero in Verrem.

## CAPUT VI.

*Ad princ. tit. Inst. de just. & jur.*

### SUMMARIUM.

*I Vulgaris divisio justitiae in distributivam & commutativam.*
*II Rectior divisio Aristotelis.*
*III Proportio arithmetica & geometrica.*
*IV Justitiam distributivam servare proportionem geometricam, potest admitti. Emendatrix justitia non semper servat arithmeticam.*
*V In contractibus servat proportionem arithmeticam, quoad personas contrahentium.*
*VI Geometricam quoad res, quae in contractum deducuntur.*
*VII Exempla.*
*VIII Idem est in ultimis voluntatibus.*
*IX Et in aliis quamplurimis.*

INterpretes fere omnes justitiam dividunt in distributivam, & commutativam juxta sententiam Aristotelis: 1
ac distributivam esse definiunt eam, quae distribuit poenas, & praemia servata geometrica proportione: commutativam, quae in commutationibus, & commerciis versatur, in quibus tribuit cuique suum secundum proportionem arithmeticam. Sed pauci admodum Philosophi mentem sunt assecuti: nemo descripte, & electe explicavit: ego distinctius, & explicatius conabor enucleare.

Aristoteles igitur *lib.* 5. Ethicor. 2
*cap.* 5. justitiam particularem dividit in duas partes: in eam, quae versatur in distributione praemiorum, honorum, pecuniae, & aliarum rerum, quae distribui debent inter eos, qui sunt ejusdem reip. & eam, quae in rebus contrahendis recta praecipit, pravaque corrigit, aequat inaequalia. Hanc emendatricem, illam distributricem possumus appellare: nostri distributivam, & commutativam dicunt. In hoc autem a sen-

ten-

Digitized by Google

rentia Philosophi recedunt, quod ad justitiam distributricem referunt etiam poenas, cum eas Aristoteles referat ad emendatricem. Ait enim hujus justitiæ duas esse partes, quia vel a volentibus, vel ab invitis contrahitur. Primi generis esse ait contractus, veluti emptionem, mutuum, fidejussionem, & cæteros. Secundi generis delicta, veluti furtum, adulterium, lenocinium, & reliqua ejusmodi.

Justitiam distributricem in distributione præmiorum ait observare proportionem geometricam, quia ea distribuit pro conditione, ac dignitate civis bene meriti. Contra vero justitiam emendatricem observare proportionem arithmeticam posthabita conditione, ac dignitate personarum. Proportio enim arith-
3 metica dicitur cum pari excessu, altera, alteram quantitatem superat; ita ut æqualibus semper intervallis inter se distent; progreditur enim semper per incrementa æqualia: ut recte definit Pappus Alexandrinus *Mathemat. Collect. lib.* 3. *post Propos.* 4. Geometrica vero proportio est, cum excessus eadem ratione superat excessum, qua quantitas quantitatem, ita ut eo majori intervallo altera distet ab altera, major est. Exemplum esto. In proportione arithmetica 4. 6. 8. 10. 12. qui omnes pari excessu se superant, nempe binario, & paribus inter se distant intervallis. In proportione geometrica 4. 8. 16. 32. 64. in quibus numeri alter alterum superant eadem sui parte, nempe dimidia: & tanto major est excessus, quanto major est quantitas: nam excessus secundi supra primum est 4. & tertii supra secundum est 8 quarti est 16. atque ita deinceps aucta quantitate tantumdem augetur excessus, & incrementum.

Quantum autem attinet ad Aristote-
4 lis & interpretum nostrorum sententiam admitti potest, justitiam distributricem servare proportionem geometricam: etsi enim hoc veritati non sit omnino consentaneum, ab ea tamen non est prorsus alienum. In distribuendis enim præmiis, & honoribus habet rationem personarum, & qui dignior est, & excellentior, majoribus præmiis, & honoribus est afficiendus. Sed quis potest hæc tam exacte metiri, ut dici possit, servari proportionem geometricam? Aut quæ potest inveniri mensura dignitatis, & excellentiæ, ut cum ea possit comparari mensura præmiorum? Hæc mensura solummodo certa est in quantitate, & ideo solum in quantitate consistit hæc proportio, ut recte definit Euclides in *lib.* 5. In actionibus, in honoribus, in conditione personarum nulla certa mensura reperiri potest, & ideo ad hæc proportio nequit accommodari. Apparent igitur in hac justitiæ parte potius quædam vestigia, & adumbratio geometricæ proportionis, quam ipsa proportio.

Altera vero justitiæ pars neque semper arithmeticam proportionem servat: neque eo modo, quo id nostri interpreres acceperunt. Primum autem in delictis non servari proportionem arithmeticam, exploratissimum est; cum in poenis irrogandis maxime conditio personarum attendatur: ut constat ex *l.* 1. *in fin. & l. pen. ff. ad Leg. Corn. de sicar.* ex *l. aut facta* 16. §. *persona* ex *l. ex servorum* 10. *in princ.* ex *l. capitalium* 28. §. *non omnes ff. de pæn.* ex *l. ult. ff. de injur.* ex *l. Pedius* §. 1. *ff. de incend. ruin. naufrag. l. Prætor edixit* 7. §. *præterea ff. de injur.* Itaque rectius interpretes nostri hæc referunt ad eam justitiæ partem, quæ servat proportionem geometricam, habita ratione personarum.

Præterea nec in contractibus quidem atque commerciis, posthabita semper conditione personarum, omnes pari jure censentur. Annon enim pupilli contrahendo non obligantur, licet obligentur illi, qui cum ipsis contrahunt? *L. Julianus* 13. §. *si quis a pupillo* 19. *ff. de act. empt.*

Digitized by Google

*empt:* §. 1. & *seqq. instit. tit. de auctor. tutor.* Annon minores ratione ætatis in integrum restituuntur? *l.* 1. §. 1. *l. minoribus l.* 1. §. 1. *l. ait prætor & toto tit. ff. de minor.* Annon pupillis & minoribus alienationes non obsunt, sicut majoribus? §. 1. *instit. tit. quib. alien. lic. vel non l.* 1. *& tot. tit. ff. de reb. eor.* Spectatur persona mulierum in intercessionibus *l.* 1. *&* 2. *& tot. tit. ff. ad S. C. Vellejanum.* Persona filiorum fam. in mutuo *l.* 1. & *tot. tit ff. de S. C. Macedon.* Persona mariti cum de dote convenitur *L. maritum* 12 *cum seq. ff. sol. matrim.* Persona parentis & patroni *L. sunt qui* 16. *& seq. ff. de re judic.* §. *sed. & si quis* 38. *instit. tit. de act.* Persona socii *d.* §. *& l. verum* 63. *ff. pro soc.* Persona filii emancipati, vel exhæredati, vel abstinentis ab hæreditate paterna *l.* 2. *ff. quod cum eo qui &c.* Persona militum in condendis testamentis *tot. tit. instit. & ff. & C. de milit. testam.* Persona parentum & liberorum *l. hac consultissima* §. *ex imperfecto C. de testam. ordin.* Quid? quod alimenta ex dignitate personæ statuantur. *L. si cui* 14. *ff. de ann. leg. l.* 1. §. *mulier* 19. *l. habitatio* 4. *ff. de ventr. in poss. mitt. l. sed etsi quid.* 15. §. *sufficienter ff. de usufr.* Dos constituitur pro dignitate mulieris ac mariti. *l. quæro l. cum post* 70. §. *gener &* §. *nuptiis ff. de jure dot.* Sunt & alia quamplurima in jure nostro specialiter constituta, spectata conditione personæ; quocirca non omnibus idem tribuit justitia commutativa.

Sed his etiam insuper habitis, in iis
5 quoque, quæ generaliter a jure in universum sanciuntur, posthabita ratione personarum, non omnimodis arithmetica proportio servatur. Sed ita distinguendum est. Aut justitia consideratur quoad meritum, dignitatem, & conditionem contrahentium, & tunc servat proportionem arithmeticam: æqualia enim omnibus tribuit, nec habet rationem personarum. Tantidem enim emit, aut conducit princeps, & subditus: nobilis, & ignobilis; dives, & pauper; bonus, & malus eodem modo, eodemque vinculo hi omnes adstringuntur contrahendo, & obligantur. Et ita est interpretandus Aristoteles: ait enim *capite* 7. *Jus autem, quod in contractibus versatur, est illud quidem æquale quiddam, & injuria inæquale: verum non illa proportione, sed arithmetica: nihil enim refert, utrum vir bonus malum hominem fraudarit, aut malus homo virum bonum.*

Aut consideratur quoad res, quæ in
contractum & obligationem deducuntur, 6
quæ in commercio habentur, & tunc proportionem geometricam servat, & si aliter observaretur, id esset iniquissimum. Sed animadvertendum est, quod hæc proportio non potest locum habere, nisi in his contractibus, & commutationibus, in quibus aliquid hinc inde datur, & accipitur: nam omnis proportio saltem in quatuor terminis consistit, ut ait idem Aristot. *d. lib.* 3. *cap.* 6 Itaque necesse est, ut duæ sint personæ, duæque res, de quibus contrahitur. Quamobrem in stipulatione, in donatione, in deposito, in commodato, in mandato, quæ gratuita sunt, nec geometrica, nec arithmetica proportio in ipsis rebus locum habere potest. In aliis autem omnibus contractibus, detractionibus, divisionibus, in quibus aliquid hinc inde datur, & accipitur, vel retinetur, geometrica proportio servetur. Exemplis id explicemus.

In societate geometricam servari pro- 7
portionem, compertum est, & exploratum. Lucrum enim & damnum inter socios dividuntur pro rata portione ejus, quod quisque contulit in societatem. *l. si societatem* 6. *l. si non fuerint* 29. *l. quid enim* 81. §. 1. *ff. pro soc.* Ac propterea si alter contulerit quadringenta, alter centum: ille quatuor partes lucri, hic unicam tantum ferre debet: est autem proportio geometrica inter hos numeros 4, 1. 400. 100. Quod si quis me-

utrique æquales lucri partes assignaret, divisio esset injustissima, & jure posset retractari, *l. quid enim* 81. *ff. pro soc.* Adeo ut nec pactum quidem valeat *l. si non fuerint* 29. *ff. pro soc.* Neque hoc est singulare in societate, ut nostri arbitrantur, sed commune omnium contractuum, & ultimarum voluntatum. Nam & in emptione, & venditione si crescat, aut decrescat mensura rei venditæ, pretium quoque augeri aut minui debet pro rata portione mensuræ, ac bonitatis *l. si servum* 4. §. *si modus ff. de action. empti. l. qui fundum* 40. §. *qui agrum ff. de contrah. empt. l. qui fundum* 48. *ff. de evictⁱon.* Idem si pars evincatur *l. ex mille* 64. *ff. de eviction.* Nec aliter fieri potest ad servandam æqualitatem inter emptorem, & venditorem. An enim servaret æqualitatem, si quis cum triginta denariis vendidisset decem ulnas panni, alias quinque ulnas ejusdem panni vellet vendere denariis viginti quinque? Et tamen hi numeri 10. 5. 30. 25. sunt in proportione arithmetica. An ille, qui cum mille aureis vendiderit centum jugera, si emptori decem jugera fuerint evicta, velit reficere tantummodo decem aureos, quia 90. 100. 900. 1000. sunt in proportione arithmetica? Utique hic debet reficere centum aureos *d. l. qui fundum ff. de evict.* quia 90. 100. 900. 1000. sunt in proportione geometrica; nam uterque decima sui parte alterum superat. Haud aliter alter debet vendere quinque ulnas quindecim denariis, quia 5. 15. 10. 30. geometrice sunt proportionales, cum alter alterius sit tertia pars. Atque hæc confessa sunt, & manifesta.

Idem prorsus usu venit in locatione, & conductione, in qua merces, & salarium tum constituitur, tum remittitur pro rata temporis, laboris, operarum. *l. Sejo amico* 10. *in princ. ff. de ann. legat. l. Si quis domum* 8 §. 1. *l. cum venderem* 21. *l. si merces* §. *si vicino l. qui insulam* 30. *in princ. & in* §. 1. *l. si uno* 15. *alias. l. ex conducto* §. *ubicumque & l. sed adde* 19. §. *si quis cum in annum ff. locat.* Itaque si tertia pars operæ præstetur, tertia pars mercedis debetur *d. l. Sejo amico.* Si conductor tertia parte temporis conventi fruatur, tertiam partem mercedis persolvit ex laudatis *LL.* atque ita semper juxta proportionem.

Nec aliter observatur in rescindenda tum emptione, & venditione, tum etiam locatione. Cum enim in *l.* 2. & 8. *C. de rescind. vendit.* præscribatur quota pars justi pretii, supra quam læsus potest agere ad rescindendam venditionem, hoc fieri non potest, nisi servata geometrica proportione. Sicut enim venditor, qui vendit minus quam quinque id, quod decem constat, beneficio legis uti potest; ita, & qui vendit minus quam viginti, quod constat quadraginta: uterque enim minus quam dimidium justi pretii consequitur. Atqui 40. 20. 10. 5. sunt in proportione geometrica, in qua semper est totum ad sui dimidium, aut quamcumque ratam, & quotam sui partem. Itaque quotiescumque lex præscribit quotam, & ratam quamlibet partem, semper necessario utendum est proportione geometrica. Quodlibet enim totum ad eamdem sui ipsius partem habet eamdem rationem.

Ad mutuum, ut diximus, nulla proportio pertinet, cum in re, quæ mutuo datur, solummodo consistat, & solummodo mutuatarius obligetur ad tantumdem restituendum. *l.* 2. & 3. *ff. de reb. cred. princ. tit. instit. de obligat. quæ re contr.* Verumtamen si non sit omnino gratuitum, & usuræ promissæ fuerint, quia tunc inter datum, & acceptum aliqua proportio intercedat necesse est, non arithmetica, sed geometrica proportione servata præstantur usuræ. Nam usuræ semper præstantur habita ratione sortis, cujus sunt rata quædam portio, & quota pars. Usuræ enim centesi-

tesimæ sunt, quando singulis mensibus præstatur centesima pars sortis debitæ, de quibus in *l. si pro mutua C. si cert. pet.* in *l. ult. §. ult. C. de jure dot. l. unic. §. cum autem in fin. C. de rei uxor. act. l. 1. & 2. C. de usur. rei judic.* Usuræ semisses, quoties semis centesimæ partis singulis mensibus, hoc est, sex annua pro centenario præstantur, ut in *l. cum quid 17. in princ. ff. de usur.* Quincunces, cum quinque annua. *l. a filio in princ. & l. alimenta §. Basilicæ ff. de alim. leg.* Usuræ quadrantes, quoties tria *l. liberti 41. §. largius ff. de ann. leg.* Atque ita de cæteris, quæ semper pro rata sortis promittuntur, atque præstantur.

In pignore quoque raro evenit, ut aliqua proportio possit considerari. Verumtamen si pro duobus debitis inæqualibus simul obligetur, eo vendito pretium ex venditione redactum cedit in extinctionem utriusque debiti pro rata, hoc est, juxta proportionem geometricam *l. pupilli 96. §. cum eodem ff. de solut.*

In solutione autem semper proportio geometrica servatur. *l. pro debito 6. C. de bon. aut. jud. possid.* Nam quoties par est dierum, & contractuum causa, ex omnibus summis pro portione videtur solutum *l. illud 8. ff. de solut.* Et servus rationes reddere jussus pro hæreditaria portione hæredibus reliqua solvere debet *l. si quis testamento 2. ff. de statu lib.* Facit ad rem text. in *l. adhuc interesse* alias *l. Sed etsi 25. §. 1. in princ. ff. de usufr.* Et ad proportionem geometricam pertinet, quod traditum est in *l. si tamen plures 4. in princ. ff. de exercit. act.* de distributione mercis peculiari in *l. procuratori 5. §. ult. ff. de tributor. act.* & de peculio in *l. si peculium 6. in princ. ff. de pecul. leg.*

8 De ultimis voluntatibus nulla potest esse controversia, nam & actiones hæreditariæ inter cohæredes pro portione hæreditaria dividuntur *l. 1. C. de hæredit. act. l. ea quæ C. famil. ercisc. l. pacto successorum C. de pact. l. plane ff. famil. ercisc.*

Et actiones, & onera hæreditaria inter hæredem & fideicommissarium pro rata, hoc est, pro portione geometrica dividuntur. *§. sed quia in fine & §. ergo instit. tit. de fideicom. hæredit. l. 2. C. ad S. C. Trebell. l. 1. §. si is, qui quadringinta & §. sed si quadringinta & passim in tit. ff. ad S. C. Trebell.*

Item Legitima, Trebellianica, & Falcidia ad normam geometricæ proportionis detrahuntur, cum sint quotæ bonorum vel hæreditatis *l. 2. C. de inoffic. don. l. parentibus 8. l. quæ nuper 31. C. de inoffic. testam. l. in quartam 91. ff. ad Leg. Falcid. §. cum autem instit. tit. eod. d. §. Sed quia inst. de fideicom. hæred.*

Item pars vacans hæredibus accrescit, & decrescit pro portione hæreditaria *l. interdum 13. §. sed si alter, & §. seq. l. liber homo 59. §. cum quis ex institutis l. si ita quis hæredes 66. ff. de hæred. instit. l. un. §. his ita definitis cum §§. seqq. C. de caduc. tollend. §. videamus instit. §. si quis autem non implens auth. de hæred. & falcid. l. etsi 4. l. sorori 6. ff. si pars hæred. pet. l. si libertus 34. ff. de bon. libert.* Atque eadem proportio servatur in substitutione juxta computationem Ulpiani in *l. si plures sint 24. ff. de vulg. & pupill.* quam confirmarunt Imperatores in *l. 1. C. de impub. & al. substit.* & in *§. etsi ex disparibus instit. tit. de vulgar.* Idemque obtinet in pupillari substitutione *l. qui liberis 8. §. hæc verba in fin. & l. seq. & l. sed etsi plures 10. in prin. ff. de vulg. & pupill. §. substituitur instit. tit. de pupill. substit.*

Et hoc perpetuum est in jure accrescendi, ut tam emolumentum, quam onus accrescat ad normam geometricæ proportionis. Itaque & si legatum deficiat, hac ratione singulis hæredibus accre-

crescit *l. plane* 34. §. *inde dicitur. ff. de legat.* 1. *l. un.* §. *sed ut manifestetur C. de caduc. toll.* Etsi fideicommissum institutis, aut substitutis est restituendum, eadem computatio adhibetur *l. quoties* 23. *l. epistolam* 75. *in princ. & l. Lucius* 78. §. *pater puerum ff. ad S. C. Trebell.* Legatariis etiam pars legati vacans accrescit pro rata *l. Maevio* 41 *in princ. ff. de legat.* 2. quod in gravamine etiam & onere injuncto constitutum est *l. un.* §. *ne autem C. de caduc. tollend.*

Item haeredes pro portionibus hereditariis legata solvunt, nisi aliquod legatum expressis eorum nominibus dare jussi fuerint, *l. sive a certis* 17 *ff. de duobus reis. l. turpia* 57. §. 1. *& l. Si heredes* 124. *ff. de leg.* 1. *l. mortuo* 50. §. *ult. ff. de legat.* 2. Id etiam, quod mortis causa capiunt, pro portione hereditaria ipsis debetur *l. ita liber esse jussus* 8. §. 1. *l. si quis testamento* 12. *ff. de statuliber.* Et pro rata exonerandi sunt heredes ejus partis nomine, cujus emolumentum ipsis ablatum fuit *l.* 1. §. *qui minorem ff. ut leg. vel fideic. nom. cav.*

9 Item servus plurium pro portione dominii singulis dominis legatum acquirit *l. si servus plurium* 50. *in princ. ff de legat.* 1. *l. & Proculus* 20. *in fin. ff. de legat.* 2. Et hereditatem *l. servus communis* 67. *ff. de acquir. hered.* Et obligationem *l. servus communis* 5. *ff. de stipul. servor.* nisi nomina dominorum in stipulatione expresserit *l. si communis* 37. *ff. eod. &* actionem injuriarum *l. sed non esse* 16. *ff. de injur.*

Restitutus etiam a principe pro rata portione bonorum, quae recuperaverit, creditoribus tenetur, *l.* 3. *c. de sent. pass.*

In divisione quoque percipiendorum fructuum geometrica proportio servatur *l. de divisione alias l. fructus* 7. §. 2. *& l. divortio* 8. *ff. solut. matrim. l. si quis domum* §. *hic subjungi ff. locati.*

Alia quamplurima exempla praetermitto: ex his enim satis constat, in toto jure proportionem geometricam observari, quae sola est vera proportio, & omnia ad justitiae normam dirigit, exacta inter cives aequalitate servata. Et hoc perpetuo obtinet, nisi aut repugnet voluntas disponentis, aut evidens aliqua ratio contrarium suadeat: ut in *l. si finita* 15. §. *cum autem* 18. *ff. de damn. inf. l. si heredes* 124. *ff. de legat.* 1. *l. si communis* 37. *ff. de stipulat. servor. l. si plures* 24. *in fin. ff. de vulg. & pupil.* in *l.* 5. §. *imperator ff. de solut. l. Praetoris* 5 §. *si plures ff. de damn. inf.* in *l. si ita stipulatus* 55. *ff. de fidejus.*

---

## CAPUT VII.

### *Ad L. 2. C. de rescind. vend.*

### SUMMARIUM.

I *In emptione & venditione licet contrahentibus se in pretio circumvenire.*
II *Absurdum est, rescindere vel emendare emptionem ex causa pretii vilioris vel carioris.*
III *Licet circumvenire in pretio, non autem in re vendita.*
IV *Emptio venditio dolo metuve inita rescindenda, vel emendanda.*
V *Rescinditur venditio, si dimidium justi pretii venditor non consequatur ex l. 2. l. 8. c. de resc. vend.*
VI *Beneficium hoc ab Interpretibus ad emptorem productum.*
VII *Idque si in eis plusquam tertia parte laesus sit.*
VIII *Perpenditur & reprobatur haec sententia.*
IX *Mathematicarum disciplinarum ignorantia veteres ad ita sentiendum adducti sunt. Ipse quoque Galileus aliquandiu haesitavit veri specie deceptus.*
X *Beneficium l. 2. eatenus ad emptorem producendum est, quatenus emptor venditori aequetur.*
XI *Venditoris conditio favore dignior.*
XII *Laesio est, quatenus acceptum minus est dato.*
XIII *Venditor immodice laeditur, si acceptum sit minus, quam dimidium dati.*
XIV *Emptoris eadem conditio esse debet.*
XV *In dijudicanda laesione non est spectanda quan-*

*quantitat, sed quota seu rata pars ultra quam læsus potest frui beneficio legis.*

XVI *Fortissimum argumentum ab exemplo permutationis ductum.*

XVII *Sicut venditor immodice læditur, cum pretium, quod recepit, est minus quam dimidium rei, quam tradit: ita emptor immodice læditur, cum res, quam accipit, est minus, quam dimidium pretii, quod solvit.*

XVIII *In l. 2. comparatur pretium acceptum cum vera æstimatione rei venditæ, ut cognoscatur, an acceptum sit minus dato.*

XIX *In dispositione l. 2. attenditur proportio geometrica.*

XX *Arithmetica proportio absurde affingitur l. 2.*

1 IN emptione, & venditione naturaliter licet contrahentibus se mutuo circumvenire. Nam & emptor viliore pretio comparandi, & venditor cariore distrahendi votum gerentes plerumque ad contrahendum accedunt. *l. si voluntate* 8. *c. de rescind. vend. l. in causæ* 16. *§. penult. ff. de minor. l. item si pretio* 21. *§ ult. ff. locati l. si heres* 3. *in pr. ff. ad leg. Fal.* quod etiam jure pontificio admittitur, *c. cum dilecti de emption. & vendit.* Atque hoc ad exemplum emptionis etiam in locatione receptum est *l. item si pretio §. ult. ff. loc. l. si ea pactione* 14. *c. de usur.* Etenim cum unusquisque de re sua possit pro arbitrio disponere *l. in re mandata c. mand.* & possit etiam re sua abuti. *l. sed etsi lege §. consuluit ff. de petit. hered.* & certa non sint, nec a lege definita rerum pretia, sed res tanti valeant, quanti vendi possunt *l.* 1. *§. si heres ff. ad S.C. Trebell. l. si servus* 14. *in fine principii ff. de condict. furt. l. in furti* 50. *in pr. & l. si quis uxori* 52. *in fin. ff. de furt.* tam emptor, qui de distrahenda sua pecunia, quam venditor, qui de distrahenda re sua agit, possunt rei suæ quamcumque voluerint legem dicere; atque emptor quo pretio voluerit emere, venditor quo pretio voluerit vendere: alias ille ab emptione, hic a venditione abstinere. Ac neuter alteri damnum dare videtur, cum jure suo utatur. *l. nemo damnum* 194. *ff. de reg. jur.* neuter damnum sentire, cum facto, & culpa sua id sentiat *l. quod quis ex culpa* 204. *ff. eod.* Nec caussari potest venditor, se ignorasse naturam, & qualitatem rei venditæ, ejusque pretium, quia id scire tenetur, etiamsi res longe dissita sit *l. quisquis* 15. *c. de rescind. vendit.* Quamobrem 2
turpiter errant imperiti judices, qui cum res, aut viliore pretio vendita fuerit, aut cariore empta, rescindunt venditionem, aut ad justum pretium redigi decernunt contra legum dispositionem. *l. si voluntate* 8. *l. quisquis* 15. *l. ad rescindendam* 4. *l. dolus* 10. *c. de rescind. vend. l. si heres*, 3. *in princ. ff. ad leg. falcid. l. item si pretio* 22. *in fin. cum seq. ff. locati. l. a divo Pio §. si pignora ff. de re judic.* Tantum enim abest, ut possit venditor quicquam ab emptore repetere, ut emptor contra possit venditorem de evictione convenire, etiamsi quod evictum non est, & apud eum remanet, æquet pretium, quod solvit *l. si duos servos* 47. *ff. de evict.* facit ad rem optimus textus in *l. si ea pactione* 14. *c. de usur.*

Animadvertendum tamen est primo, 3
quod si deceptio, ac circumscriptio non in pretio, sed in ipsa re vendita versetur, tenetur venditor reficere, quod deest, & emptor consequitur quanto minoris vel quanti interest *l. si duorum* 42. *ff. de act. empt. l. quoties ff. de ædilit. edict.* & ideo Jurisconsulti ajunt, licere se in pretio circumscribere, & rem pluris, aut minoris emere *l. in causæ* 16. *§. idem Pomponius ff. de minor. l. item si pretio* 22. *§. quemadmodum ff. locat.* quia idem in re ipsa non licet. Etenim pretium per se est incertum, & pro arbitrio contrahentium statui debet, & pro commodo, pro affectione, pro necessitate crescit, aut decrescit, res autem certa est, ac definita, certisque terminis & qualita-



Digitized by Google

tibus circumscripta, nec hominum opinione variatur, atque mutatur.

4 Præterea quod si metu, vel dolo vilius, aut carius empta, ac vendita res fuerit, emptio, & venditio retractari, aut corrigi debet *l.* 1. *l. si dolo* 5. *l. si voluntate* 8. *c. de rescind. vend.* quia nemini dolus prodesse debet. *l.* 1. §. 1. *ff. de dol. mal. & met. ex. l. ita demum* 31. *ff. de recept. arbitr. l. itaque* 12. §. 1. *& l. cum qui* 14. §. *is autem ff. de furt.* dum tamen semper meminerimus, hac in re dolum non quantitate pretii, sed facti qualitate æstimari *l. ad rescindendum* 4. *& l. dolus c. de rescind. vend.*

5 Imperatores tamen non juris ratione id suadente, sed humanitate adducti statuerunt, etiam ex sola quantitate pretii rescindi posse venditionem in *l.* 2. *ibi humanum est*: & in *l. si voluntate* 8. *c. de rescind. vendit.* Sanxerunt tamen solummodo, venditionem posse rescindi, cum venditor minus quam dimi-

6 dium justi pretii acceperit. Quod de venditore ab Imperatoribus fuit constitutum, interpretes ad emptorem produxerunt; jurene, an injuria, modo non disputo, ne tam stabilem, tam inveteratam, tam omnium animis insitam opinionem videar velle convellere. Non convenit tamen inter doctissimos homines, quanto amplius emere debeat emptor, ut gaudere possit beneficio legis.

7 Glossa in *d. l.* 2. putat emptori succurrendum, si in tertia parte, & paulo amplius fuerit læsus: veluti si solvat sexdecim pro re, quæ decem valet. Glossæ auctoritas in hanc sententiam traxit omnes fere veteres interpretes, qui hanc rationem afferunt, quod sicut a lege succurritur venditori, qui vendit quatuor, quod valet decem, ita succurrendum est emptori, qui illud ipsum emit sexdecim: æquali enim intervallo uterque distat a vero, justoque pretio, quod est decem, atque adeo tam emptor, quam venditor æque læditur, & æque meretur auxilium legis immodice læso subvenientis. Nam in utroque tum inter- 8 vallum a justo pretio, tum ipsa læsio consistit in sex. Si hanc rationem admittimus, itidem dicendum erit, subveniri etiam venditori, qui vendit decem, quod valet sexdecim: nam & hic æquali intervallo distat a justo pretio, & pariter læditur in sex. Atqui hoc repugnat dispositioni legis *secundæ*, ex qua ille tantum gaudet beneficio legis, qui vendit decem id, quod valet amplius quam viginti. Quid igitur rei est, cur non idem in emptore statuamus? Videlicet ei quoque tunc solummodo succurri, cum emerit amplius quam viginti, quod decem valet, ut par sit emptoris, & venditoris conditio. Fallitur igitur Glossa, quod putat æquari emptorem cum venditore, quoties uterque sex amittit in contrahendo, nec animadvertit sex collata cum sexdecim, quæ solvit emptor, non ejusdem modi esse ac sex comparata cum decem, quæ dat venditor: nec æque lædi eum, qui dat sexdecim, & amittit sex, ut ille qui dat decem, & amittit pariter sex. Quis enim tam fatuus est, qui putet, æquale damnum contrahere eum, qui tertiam partem bonorum amittit, atque eum, qui dimidiam? Justinianus definivit legitimam liberorum esse tertiam partem, si defunctus quatuor, aut pauciores liberos reliquerit: Si plures, esse dimidiam. *auth. novissima c. de inoff. testam.* Si quis diceret legitimam æqualem esse utroque casu, an non risu ab omnibus exploderetur? Titius qui habebat in bonis quadraginta, me heredem instituit in semisse: Cajus, qui habebat sexcenta, me instituit in triente. Ex utriusque hereditate ducenta consequor; nemo tamen dixerit, me ab

ab utroque fuisse æqualiter institutum. Contra si uterque me heredem instituerit ex semisse, ab utroque ero æqualiter institutus, licet ex hereditate Caji trecenta consequar, ex hereditate vero Titii tantummodo ducenta.

9 Verumtamen non miror, apud veteres interpretes rudes earum artium, sine quibus hæc controversia dirimi facile non potest, hanc opinionem adeo percrebuisse: cum ipse Galilæus, Mathematicorum elapsi sæculi facile princeps, fateatur, se de quæstione non absimili interrogatum, in eamdem fere sententiam respondisse veri quadam specie, ac similitudine deceptum. Postmodum autem rogatus, ut opinionem suam scriptis mandaret, & conquisitis rationibus confirmaret, re diligentius, ac perquisitius examinata, sententiam mutavit, & argumentis nihil dubii relinquentibus contrariam verissimam esse demonstravit. Haud aliter usu venit in hac nostra quæstione: Veteres re minus accurate perquisita objectam veri speciem illico apprehenderunt, & mordicus tenuerunt: Recentiores vero aeriori judicio, & optimis disciplinis instructo rem diligentius expendentes, eam opinionem falsam esse judicarunt. Quapropter licet olim glossæ opinio tam in scholis quam in foro communis esset: hodie tamen magis communis est contraria sententia doctissimorum hominum ingeniis in lucem veritatis prolata, cui & nos lumen aliquod afferre conabimur.

10 Primum autem illud est statuendum, nusquam in jure nostro hoc beneficium emptori fuisse concessum, eoque ipsum gaudere ex interpretatione Doctorum, qui beneficium venditori datum a Lege, communicarunt emptori, ea ratione adducti quod par esse debet conditio emptoris, & venditoris, & quod uni conceditur, alteri denegari non debet. *l. 1. C. de cupressis. l. cum emptoris 5. in princ. ff. de rescind. vendit.* Ex quo efficitur, eatenus, ad emptorem produci posse hoc beneficium venditori concessum, quoad emptor æquetur cum venditore. Cæterum si ita extendatur, ut melior fit conditio emptoris, quam venditoris, iniquam prorsus esse ejusmodi communicationem. Primum, quia collabitur, & corruit funditus omne fundamentum hujus communicationis: imo ratio ipsa æquationis eo casu excludit hanc communicationem, cum non æquetur emptor venditori. Præterea quia iniquum est, melioris esse conditionis emptorem, cui hoc beneficium tribuitur interpretatione Doctorum, quam venditorem, cui nominatim Lege conceditur. Denique 11 quia omnis ratio dictat, magis venditori, quam emptori esse subveniendum: nam Legis auxilium multo magis meretur venditor, qui sæpenumero rei familiaris angustiis, aut aliqua urgente necessitate bona sua distrahere compellitur. *l. ita ut omnes 39. §. 1. versic. quid enim ff. mandat. l. non idcirco 12 L. quisquis 16 C. de rescind. vend. l. 2. C. sine censu vel reliq. l. 1. C. de præd. decurion.* quam emptor, qui volens accedit ad emendum, & sæpe carius emit vel quodam calore, *l. locatio 9. ff. de public.* vel affectione opportunitatis, vicinitatis, coeli, aut quod illic educatus sit, vel parentes sepulti. *l. 1. §. Sed si rem versic. & alias videamus ff. si quid in fraud. patron.* vel quod bona illa majorum ejus fuerint. *l. si in emptione 36. ff. de minor.* Quocirca si glossæ interpretatio plus tribuat emptori, quam lex ipsa venditori, ut supra probavimus, & infra luculentius demonstrabimus, ea tamquam iniqua, & abhorrens tum a recta ratione, tum a legis sanctione erit repudianda.

Secundo loco illud etiam tamquam 12 certum & exploratum statuendum est, læsionem consistere in illa inæqualitate, ac differentia, quæ intercedit inter datum.

tum, & acceptum. Nemo enim læditur, quoties acceptum est æquale dato: nihil enim abest ei, qui tantumdem recipit, quantum dedit; adeoque cum jus suum consequatur, nec læditur, nec jacturam ullam facit, nec damno afficitur. Tunc igitur læditur aliquis, cum recipit minus, quam dedit, seu minus ejus, quod recipere debuit. Ac si paulo minus accipiat, levis erit, & modica læsio: si multo minus, gravis & magna: si immodice minus, immodica erit & enormis læsio. Cum igitur pro modo hujus inæqualitatis, & differentiæ crescat læsio, atque jactura contrahentium in emptione, & venditione, & tantumdem augeatur, quantum ipsa augetur; manifestum est, inæqualitatem, ac differentiam inter acceptum, & datum, esse veram, atque unicam mensuram hujus læsionis, atque jacturæ.

13 Quibus probe constitutis, ad rem veniamus. Imperatores in *l. 2. C. de rescind. vend.* definiverunt, venditorem immodice, & enormiter læsum videri, adeo ut possit rescindere venditionem, si non acceperit dimidium justi pretii: hoc est, si non acceperit dimidium ejus, quod dedit, & quod recipere debebat. Nam venditor, ne lædatur, recipere debet justum rei pretium, quod compensat rem, quam vendit, ac tradit
14 emptori. Uno verbo, tunc immodice læditur, cum acceptum est minus, quam dimidium dati. Est ergo, ut emptorem æquemus venditori, necessario dicendum, tunc emptorem pariter lædi immodice, atque enormiter, adeo ut possit emptionem rescindere, cum acceptum erit minus quam dimidium dati: hoc est, cum recipiet a venditore aliquanto minus, quam dimidium ejus pretii, quod ipsi solvit. Etenim ne lædatur, debet a venditore recipere rem, quæ tanti sit, quanti est pretium, quod solvit, nempe ut justum pretium rei, quam accipit a venditore, æquet, ac compenset pretium, quod solvit. Si ea minoris sit, tunc læditur; si sit tanto minoris, ut ejus verum pretium non pertingat ad dimidium pretii, quod solvit, tunc immodice læditur, & potest emptionem rescindere. Animadvertendum enim est, quod dimidium necessario refertur ad totum: nec potest esse dimidium, nisi sit aliquod totum, cujus illud sit dimidium. Cum autem agitur de jactura, de læsione, de damno, tunc dicitur aliquis in dimidio lædi, ac damnum pati, seu dimidii jacturam facere, quoties amittit dimidium ejus, quod antea habebat, vel recipit dimidium ejus, quod recipere debebat. Ergo emptor in dimidio læditur, & dimidii jacturam facit, cum recipit dimidium ejus, quod antea habebat, & quod juste recipere debebat, quia tantumdem dedit; quod evenit, cum dat viginti, & recipit decem: tunc enim amittit decem, quæ sunt dimidium viginti. Nam ante emptionem habebat viginti, post emptionem habet tantummodo decem: in contrahenda emptione solvit viginti in pecunia numerata, ut viginti recipiat in merce; si recipit tantummodo decem, dimidii jacturam facit, dimidii læsionem patitur: non secus, ac venditor, qui tradit viginti in merce, quam vendit, & recipit tantummodo decem in pecunia, seu quod idem est, dat decem, & recipit quinque: nam & hic dimidii jacturam facit. Dimidium enim amittit, cum habeat solummodo dimidium ejus, quod antea habebat, & recipiat dimidium ejus, quod recipere debebat. Et hæc est vera æqui paratio emptoris, ac venditoris, quod qui non vident, in luce clarissima cæcutiunt.

At enim, inquiunt, si emptor emat vigin- 15
ti, quod decem valet, & venditor vendat quinque, quod æque decem valet: emptor in decem læditur, venditor in quinque: ergo non æque leduntur emptor, ac venditor, atque adeo non est par utriusque conditio. Ineptissima conclusio. Phi-

Digitized by Google

Philosophus ita distingueret: non æqualiter læduntur quantitative, sed quotitative. Barbare quidem, sed ad rem explicandam aptissime. Læsio enim utriusque non est æqualis quoad quantitatem, quia emptoris est decem, venditoris quinque: Sed est æqualis quoad quotam, & ratam portionem quia uterque læditur in dimidio. Hæc autem in re non est spectanda quantitas, sed quota: quia lex non præscripsit certam quantitatem, in qua læsus possit rescindere: sed quotam, seu ratam partem, nempe dimidium, ultra quod qui læsus est, fruitur beneficio legis. Omnes igitur, qui in dimidio læsi sunt, æqualiter læsi sunt, etiamsi non in eadem quantitate. Etenim nec ille, qui vendit decem, quod valet viginti, perinde læditur inspecta quantitate, atque ille, qui vendit quinque, quod valet decem: alter enim in decem, alter solum in quinque læditur. Verumtamen quoad beneficium legis *secundæ* uterque læditur æqualiter, quia uterque læditur in dimidio: quamobrem uterque habet jus rescindendi, si ille paulo minus, quam decem: hic paulo minus, quam quinque vendiderit. Si duo sint heredes per fideicommissum rogati restituere, alter hereditatem quatuor millium, alter quadringentorum: & ille retineat, ex Trebelliano mille, hic tantummodo centum: utique ille multo plus retinet quoad quantitatem, quam hic: Sed quoad quotam, & ratam partem uterque æqualiter retinet, & uterque servat præscriptionem senatusconsulti, quod non certam quantitatem præscripsit, sed quartam partem retinere permisit. Quemadmodum igitur par est heredis utriusque conditio, licet ille magnam, hic modicam quantitatem retineat, quia uterque quartam partem retinet; ita par est conditio duorum venditorum, itemque emptoris, & venditoris, licet alter magnam, alter modicam quantitatem amittit, dum uterque dimidiam tantum partem amittat, aut paulo amplius. In omni commerciorum rerumque contrahendarum usu, lucrum, damnumque æstimatur, facta comparatione ad id, quod datum est, & expensum. Quamobrem, qui in singula centenaria tantumdem lucri, aut detrimenti faciunt, æquale lucrum reportare, & æqualem jacturam facere existimantur. Si quis ex quadringentis, quæ dedit, lucrifaciat quadraginta, & alter ex centum tantummodo decem, uterque æqualiter lucratur, licet quantitas lucri sit inæqualis, quia uterque lucratur decem in singula centenaria. Qui emit viginti, quod valet decem, seu centum, quod valet quinquaginta, amittit quinquaginta pro centenario: sicut ille, qui vendit quinque, quod valet decem, aut, quod idem est, vendit quinquaginta, quod valet centum.

Atque ut evidentissime demonstretur, hac proportione servata, omnino æquari emptorem venditori, fingamus Titium emere centum, quod valet quinquaginta: Cajum vendere quinquaginta, quod valet centum. Uterque distrahit, & a se abdicat centum: emptor in pecunia, venditor in merce. Uterque recipit quinquaginta: emptor in merce, venditor in pecunia. Uterque jacturam facit quinquaginta. Conveniunt igitur in omnibus, ac propterea perfectior æquatio emptoris cum venditore nec inveniri, nec excogitari potest. Quemadmodum igitur venditor non potest agere ad rescindendam venditionem, ita nec emptor, siquidem venditori est æquiparandus. Item quemadmodum, si venditor vendiderit paulo minus quinquaginta, poterit uti beneficio legis: ita & emptor, si res constet paulo minus quinquaginta. Hoc argumentum, si cavillationibus fortasse potest eludi, nulla tamen probabili ratione potest labefactari.

Perpendamus jam, quanto melior sit emptoris, quam venditoris conditio jux-



Digitized by Google

ta glossæ & Veterum opinionem. Falluntur illi, quod putant se proponere emptorem læsum in dimidio: proponunt autem emptorem revera læsum in tertia tantum parte, ut initio indicavimus, eumque comparant cum venditore, qui vere læsus est in dimidio: ac proinde nec ratio constat, nec æquiparatio. Neque enim animadverterunt, se læsionem in venditore constituere in dimidio ejus, quod dat: contra vero in emptore in dimidio ejus, quod accipit, hoc est, in tertia parte ejus, quod dat. Etenim qui solvit quindecim pro re, quæ valet decem, dat quindecim, & recipit decem: itaque ei absunt quinque, quorum jacturam facit; quinque autem sunt dimidium decem, quæ accepit, & tertia tantum pars quindecim, quæ dedit. Contra qui vendit quinque, quod valet decem, dat decem, & recipit quinque, adeoque jacturam facit quinque: hæc autem sunt dimidium decem, quæ dedit. Nemo autem dubitabit, quin melioris sit conditionis ille, qui amittit solum tertiam partem, quam ille, qui amittit dimidiam: & quin majorem jacturam faciat, qui dimidiam, quam qui tertiam partem amittit.

Præterea in exemplo modo exposito, qui emit centum, quod valet quinquaginta, potest rescindere contractum juxta glossam: & contra, qui vendit quinquaginta, quod valet centum, non potest rescindere: & tamen adamussim in omnibus pares sunt emptor, & venditor, cum uterque tantumdem det, tantumdem recipiat, tantumdem amittat, ut demonstravimus. Sed hoc diligentius perpendentes ad calculos revocemus. Si quis emat centum, quod constat sexaginta sex, perdit tantummodo triginta quatuor: & tamen potest contractum rescindere, quia 34. est plus quam dimidium *66*. Contra si quis vendat quinquaginta, quod certum constat, perdit quinquaginta, & tamen non potest rescindere contractum. Est ne hoc æquare emptorem venditori? Præclara sane æquiparatio: emptor, qui perdit solum triginta quatuor, gaudet beneficio legis: emptor, qui perdit quinquaginta, non gaudet. Profecto si vel homines de trivio interrogaveris, utrum magis lædatur, majoremque jacturam faciat ille, qui erogatis centum aureis amittit triginta quatuor; an vero ille, qui amittit quinquaginta, risu excipieris, & insanire videberis. Atque huc nos redigit glossæ absurda supputatio.

Sed ne ullus pateat evadendi locus, 16 fingamus exemplum in eadem re, eodemque contractu, iisdemque personis. Constat inter omnes beneficium legis *secundæ* extendi etiam ad permutationem, quæ emptioni, & venditioni est maxime affinis, & huic originem dedit. *l. 1. ff. de contrah. empt.* Fingamus igitur Titium permutare equum, qui constat triginta aureis, cum decem amphoris vini, quæ constant novemdecim. Rogo, an possit rescindere contractum. Enimvero si consideretur tamquam emptor vini, poterit rescindere: si tamquam venditor equi, non poterit rescindere. Ergo multo melioris est conditionis emptor, quam venditor. Est hic anfractus inexplicabilis in sententia glossæ. Eo confugiunt, ut dicant, considerandum esse: Titium tamquam venditorem equi. Quid ita? Enimvero non minus est emptor vini, quam venditor equi. Sed quomodo se extrificent, ipsi viderint. Hoc tantum urgeo: si par esset conditio emptoris, & venditoris, & æquali jure censerentur, utique perinde esset, Titium considerare tamquam venditorem, ac tamquam emptorem. Ex hoc certe se nunquam explicabunt.

Contra hæc duo opponebantur in judicio, in quo de hac controversia fuit acerrime disceptatum. Primum quod 17 Imperatores tam in *l. 2.* quam in *l. si voluntate 8. C. de rescind. vendit.* statuunt mensuram læsionis, facta comparatio-

ratione ad justum, ac verum pretium. Ibi: *Minus autem pretium videtur esse solutum, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.* & rursus: *nisi minus dimidia justi pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum esset.* Ergo etiam emptor immodice læsus erit, cum læsio transgreditur dimidiam justi, ac veri pretii, hoc est, solverit sexdecim pro re, cujus justum pretium erat decem: nam sex sunt plus quam dimidium decem, quod est justum pretium.

Ac si in laudatis legibus ageretur tam de emptore, quam de venditore, utique vim argumenti perciperem. Sed cum in illis agatur de solo venditore, non intelligo cur ea verba emptori debeant, aut possint accommodari. Primum enim emptori beneficium hujusmodi non competit ex verbis legis, sed propter quamdam comparationem, & æquationem servandam inter emptorem, & venditorem. Quocirca necesse est ad emptorem solummodo hoc beneficium extendi, eique communicari ea ratione, ac modo, quo æquetur venditori, ut initio diximus. Hoc igitur tantummodo in hac quæstione est observandum, an ex illa, vel illa supputatione emptor æquetur venditori, adeo ut non aliter ad hoc beneficium admittatur, quam si æque lædatur atque ipse venditor.

Præterea, etiamsi maxime velis, tamen verba, quæ venditori conveniunt, emptori nequeunt accommodari. Nam cum a venditore gradum facimus ad emptorem, omnia de hoc ex contrario dicuntur, nec paria paribus, sed adversis contraria referuntur. Quod enim est defectus in venditore, est excessus in emptore: quod in venditore est minus, in emptore est plus: quod in venditore est acceptio, in emptore est datio: quoniam venditor læditur minus recipiendo, emptor plus dando: læsio venditoris in defectu, emptoris in excessu consistit. Item venditor distrahit, & a se abdicat rem venditam: emptor pretium. Venditor acquirit pretium, emptor rem emptam. Venditor tradit rem pro pretio: emptor pretium pro re. Manifestum est igitur, quod id, quod respectu venditoris est res vendita, seu ipsius æstimatio ac pretium; respectu emptoris est pretium conventum: & ex contrario, quod respectu venditoris est pretium conventum, respectu emptoris est res empta: nam venditor dat rem venditam, ut consequatur pretium, emptor ex contrario dat pretium conventum, ut consequatur rem emptam. Itaque sicut venditor immodice læditur, cum pretium, quod recipit pro re, est minus, quam dimidium: ita emptor immodice læditur, cum res, quam recipit pro pretio convento, est minus, quam dimidium ipsius pretii. Rursus quod respectu defectus est dimidium, respectu excessus est duplum: eodem enim modo læditur, qui duplum dat ejus, quod recipit, & qui dimidium recipit ejus, quod dat. Igitur si lex in venditore, qui læditur propter defectum, definit ac præscribit plus quam dimidium justi pretii, in emptore debet præscribi plus quam duplum justi pretii, cum ipse lædatur propter excessum. Dicam planius, si potero. Quinque sunt dimidium decem: contra decem sunt duplum quinque. Tam in emptore, quam in venditore, si spectetur id, quod accepit, est dimidium: Si vero spectetur id, quod dedit, est duplum: Venditor, quod valet decem, vendit quinque: dat decem & recipit quinque: si consideres quinque, quæ recipit, ea sunt dimidium decem, quæ dedit: si vero respicias ad decem, quæ dedit, ea sunt duplum quinque, quæ accepit. Dat igitur duplum, recipit dimidium. Eodem modo emptor etiam dat duplum, recipit dimidium. Solvit enim pretium viginti, & recipit decem, quæ sunt verum pretium rei, quam emit: viginti, quæ dat, sunt duplum decem, quæ recipit: & decem, quæ recipit, sunt dimidium vigin-

viginti, quæ solvit. Poteſtne inveniri, aut excogitari exactior, atque perfectior æquatio, ac ſimilitudo? Sed hæc non omnes examuſſim, atque exquiſite comprehendunt; alia igitur aggrediamur via.

18 Cum certa, atque unica menſura læſionis ſit differentia, quæ intercedit inter datum, & acceptum, ut initio demonſtravimus, Imperatores, ut definirent, quanta debeat eſſe læſio, ut poſſit reſcindi venditio, compararunt pretium, quod venditor recepit, cum re vendita, quam tradidit; ſed quia non recte procederet comparatio, atque proportio, ſi pecunia cum merce compararetur, quia proportio, & comparatio fieri debet inter res ejuſdem generis; idcirco pro re vendita, & tradita ſumpſerunt ejus veram æſtimationem, juſtumque pretium; & optime, atque ex ordine pretium ſolutum venditori cum vero pretio rei venditæ compararunt: & ſi illud ſit minus, quam dimidium hujus, contractum poſſe reſcindi conſtituerunt; quia humanum eſt ſubveniri ei, qui amittit pluſquam dimidium rei ſuæ, hoc eſt, recipit minus, quam dimidium ejus, quod dat. Quemadmodum igitur certiſſimum eſt, lædi venditorem; non quatenus illud eſt pretium rei, ſed quatenus totum illud conſequi debebat & minus quam dimidium eſt conſecutus, adeoque perdidit majorem partem rei ſuæ, propter quod meretur auxilium legis; ita certiſſimum eſt, Imperatores nominaſſe verum pretium, non ipſum, quatenus pretium eſt, conſiderantes, ſed ut ipſum compararent cum pretio ſoluto, atque ita jacturam venditoris metirentur, certamque menſuram læſionis præſcriberent, quæ aliter definiri non poteſt, quam determinando, quid læſus dederit, & acceperit. Verum igitur pretium ibi conſideratur tamquam datum: pretium ſolutum tamquam acceptum.

19 Alterum, quod opponebatur, deducebatur ab Ariſtotele *lib. 5. Ethicor. cap. 7.* ubi ſtatuit in contractibus, atque in commerciis, quæ pertinent ad juſtitiam commutativam, ſervandam eſſe proportionem arithmeticam, quam attendunt ii, qui plus quam in duplo emptorem lædi oportere contendunt. Arithmeticam autem attendit gloſſa. Nam 15. 10. 5. ſunt in proportione arithmetica: 20. 10. 5. ſunt in geometrica. Ariſtotelis ſententiam amplectuntur omnes interpretes, ac præſertim ad *princ. tit. inſtit. de juſtit. & jur.*

Verane ſit, an falſa Ariſtotelis ſententia, non diſputo: alias enim hoc examinavi ſatis copioſe. Hoc tantum dico: in diſpoſitione noſtræ legis maniſeſto geometricam proportionem attendi. Cum enim læſio definiatur in parte dimidia, & amplius, dimidium non poteſt referri, niſi ad proportionem geometricam. Rogo enim; ſi venditor rem, quæ decem conſtat, vendat minus quam quinque, poteſt reſcindere contractum, quanti vendenda ſit res, quæ conſtat quadraginta, ut pariter contractus reſcindi poſſit. Reſpondebunt utique vendendam eſſe minus, quam viginti, ut minus quam dimidium juſti pretii ſolvatur. Atqui 40. 20. 10. 5. ſunt in proportione geometrica, non arithmetica: ergo in metiendo læſionem, geometricam, non arithmeticam proportionem attendimus. Hæc eadem proportio ſervatur in detrahenda Falcidia, Trebellianica, & legitima, quia lex non certam quantitatem detrahi permiſit, ſed ratam, & quotam partem, videlicet dimidiam, tertiam, quartam partem, quæ detrahi non poſſunt, niſi ſervata geometrica proportione. Nam hæ partes neceſſario referuntur ad totum, & creſcunt aut decreſcunt pro incremento, aut decremento totius, cujus ſunt partes: adeoque ſemper ſunt geometrice proportionales cum toto, Euclid. *lib. 5.*

*prop.*

*prop.* 15. Si lex in computanda læsione voluisset servari proportionem arithmeticam, præscripsisset certam quantitatem, veluti decem, viginti, triginta aureorum, ultra quam qui læsus esset, posset rescindere contractum: quemadmodum præscripsit in actione doli, quam ob modicam læsionem dari noluit, eamque definivit esse duorum aureorum *l. si oleum* 10. *in fin. cum duab. seqq. alias l. Si quis* §. *Labeo ff. de dolo*.

Imo & inter emptores, etiam admissa glossæ sententia, omnino servari debet proportio geometrica. Etenim si emptor qui emit quindecim, quod paulo minus, quam decem constat, rescindere potest; etiam qui emit triginta quod constat paulo minus, quam viginti, similiter poterit rescindere contractum. Atqui 30. 20. 15. 10. sunt in proportione geometrica. Quod si quis contenderet inter emptores servari debere proportionem arithmeticam, infinitis difficultatibus implicaretur, ex quibus nulla ratione se posset explicare. Nam sicut immodice læditur ille, qui emit quindecim, quod constat paulo minoris decem, ita & qui emit decem millibus quinque, quod constat paulo minoris decem millibus, & qui emit centum millibus quinque, quod constat paulo minoris centum millibus: quæ nemo non videt, quam sint absurda. Imo si hanc regulam observaremus, res progrederetur in infinitum: nam & qui emit centum millibus uno, quod valet centum millibus, posset rescindere contractum, quia illum potest rescindere, qui duobus nummis emit, quod uno valet. Ac propterea emptor vel in minima quantitate læsus posset emptionem rescindere, quod legibus repugnat, & rectæ rationi.

Si igitur tam in venditoribus, quam in emptoribus geometrica, non arithmetica proportio servatur, cur ea servanda est inter venditorem & emptorem? Unde hoc discrimen? quæ ratio id suadet? Respondebant, quod cum res pretio æstimetur, semper fieri debet comparatio pretii ad rem, sive pretium excedat, sive deficiat, & inde sumi proportio. Quapropter in venditore debet referri pretium quinque ad decem: & in emptore pretium quindecim ad decem, ita ut decem, quæ sunt verum rei pretium, sint utroque casu terminus consequens hujus proportionis, seu comparationis.

Nec animadvertebant se hac ratione utramque proportionem cum geometricam, tum arithmeticam destruere. Nam hi numeri hoc ordine dispositi 5. 10. 15. 10. neque arithmetice, neque geometrice sunt proportionales: imo nec harmonice.

Quantum autem attinet ad Imperato- 20
rum constitutionem; hoc ipsi considerare non potuerunt, cum de emptore nihil disposuerint: itaque hæc nova, & inaudita proportio est merum commentum Advocatorum causæ inservientium. Etenim Imperatores solum considerant læsionem, jacturam, detrimentum venditoris, quem dignum putant auxilio legis, si immodicam jacturam fecerit. Hoc autem beneficium si velimus ad emptorem producere, eo tantum casu producere debemus, quo emptor æque dignus sit auxilio legis, hoc est, æqualem jacturam fecerit. Cum autem lex non certam quantitatem, sed dimidiam partem statuerit esse mensuram hujus læsionis, non potest attendi æqualitas absoluta quantitatis, sed æqualitas comparativa, seu proportionalis, & fieri debet comparatio partium, non vero quantitatum: adeo ut æque læsus dicatur emptor, ac venditor, si uterque plusquam dimidii jacturam fecerit.

Atque ut intelligatur, quam futilis sit, & absurda proposita comparatio, fingamus Imperatores non de venditore, sed de emptore statuisse, ut si plusquam duplum justi pretii solvisset, rescindere



Digitized by Google

contractum posset. Hæc lex ad venditorem non posset extendi: nam si emptor potest rescindere, cum emit 21. quod valet decem: venditor ut posset rescindere, necesse esset, ut illud idem venderet minoris, quam nihili. Etenim excessus 21. supra 10. est 11. Defectus autem nihili a decem, est ipsa decem: ergo ut defectus esset æqualis excessui, deberet vendere uno minus, quam nihil, quod est absurdum. Quemadmodum igitur facultas rescindendi concessa emptori læso ultra duplum, non aliter posset communicari venditori, nisi cum læsus esset ultra dimidium; ita ex contrario eadem concessa venditori læso ultra dimidium, non debet communicari emptori, nisi cum læsus est ultra duplum. Nam duplum in emptore respondet dimidio in venditore: cum duplum in excessu sit idem ac dimidium in defectu, ut supra demonstravimus.

---

## CAPUT VIII.

### *Ad L. nisi hoc actum 22. ff. de pact.*

### SUMMARIUM.

I *Status quæstionis & occasio scribendi.*
II *Liberato reo per transactionem, liberatur etiam fidejussor.*
III *Etsi reus jam fuerit condemnatus.*
IV *Cum ipso jure tollitur obligatio, fidejussor omnino liberatur.*
V *Cum autem tollitur ope exceptionis, quandoque fidejussori prodest.*
VI *Transactio ipso jure tollit obligationem.*
VII *Transactio tribus modis fit. & n. XIII. XIV.*
VIII *Est contractus innominatus.*
IX *Continet novationem, & n. X. XI. XII.*
X *Nisi contrarium expresserint transigentes.*
XI *Præcipue cum mutatur forma contractus.*
XII *Etiamsi subsequens sit naturalis tantum obligatio.*
XIII *Transactio per Aquilianam stipulationem liberat tam principalem debitorem, quam fidejussores.*
XIV *Stipulatio adjecta conventioni transigentium tollit priorem stipulationem, & obligationem.*
XV *Transactio per stipulationem facta fit contractus nominatus.*
XVI *Mutata forma contractus extinguitur fidejussio.*
XVII *Etiamsi reserventur jura contra fidejussorem.*
XVIII *Maxime si reservatio naturæ contractus repugnet.*
XIX *Rejicitur Urceol. dec. 17.*
XX *A remissione pignoris non valet argumentum ad fidejussorem ad privandum illum beneficio liberationis, & n. XXI. XXII. XXIII.*
XXIV *Difficilius solvitur pignus, quam fidejussio.*
XXV *Correo liberato aliter quam solutione, alter non liberatur.*
XXVI *Contrarium obtinet in fidejussore.*
XXVII *Rationes differentiæ & n. XXVIII. XXIX.*
XXX *Declarantur auctoritates in d. dec. allegatæ & n. XXXV.*
XXXI *Transactio cum correo alterum quoque liberat.*
XXXII *Etiamsi non solidum, sed pars solvatur, quanti fuit lis æstimata & n. XXXIII. XXXIV.*
XXXVI *Fidejussor liberatur quotiescumque habiturus esset regressum contra principalem debitorem.*
XXXVII *In quibus casibus non habeat regressum.*
XXXVIII *Creditor sibi jura reservans contra fidejussorem non tollit ei regressum.*
XXXIX *Nec Princeps tollere potest.*
XL *Fidejussor potest se tueri adversus creditorem exceptione cedendarum. & n. XLI.*
XLII *Plura remedia agentibus concessa.*
XLIII *Rejicitur propositio Urceol. dec. 17. n. 26. quod creditore liberante principalem debitorem cum reservatione jurium contra fidejussorem, tacite actum videatur, ut possint a creditore cedi actiones contra fidejussorem. Explicatur textus noster.*
XLIV *Creditor post transactionem nullas actiones habet, quas fidejussori cedere possit, & n. XLVIII.*
XLV *Et hæ exceptiones elidantur.*
XLVI *Exceptiones personales duplicis generis.*
XLVII *Correo per pactum liberato actiones alteri correo cedendæ sunt.*
XLIX *Fidejussor solvens potest petere, ut sibi cedantur actiones, etiamsi habeat actionem mandati contra debitorem.*
L *Creditor pacto personali creditorem absolvens, ipsum liberat.*
LI *Omnino pactum personale non prodesse fidejussori, quomodo sit intelligendum.*

Ni.

1 NIsi te plus oculis meis amarem, Amice jucundissime, mandatis tuis obsequi nefas esse ducerem. Jubes enim, ut dicam, quod sentio de decisione nuper edita inter Decis. Urceol. 17 quam Auctor multo ante ediderat in *tract. de transact. qu. 74.* Sed quis ego sum, qui vix primoribus labiis attigi jurisprudentiam, ut possim ferre judicium de re judicata a doctissimis viris, juris & justitiæ consultissimis? Nam etsi non sus Minervam, ut aiunt, tamen inepte, quisquis Minervam docet: ut ait Cicero *in 1. Academ.* Verumtamen amicitiæ, ac benevolentiæ ergo, ineptiæ, atque etiam audaciæ culpa subeunda. Dicam igitur ingenue ac libere, quod sentio. Contraria sententia mihi videtur esse verissima.

Post diuturnam litem super annuo censu, tandem omnis controversia decisa fuit per transactionem, qua convenit, ut debitor solveret creditori scuta centum: quibus solutis, extinctus esset census, & resolutus contractus, & omne jus creditoris ex causa ipsius census. In fine tamen creditor sibi reservavit jura talia, qualia sibi competerent contra fidejussores census. Recepta a principali debitore summa, de qua convenerat in transactione, judicium instituit contra fidejussores: atque illi fuerunt condemnati, revocata priori sententia, quæ illos absolverat. Ego contra existimarem, confirmandam fuisse priorem sententiam, & absolvendum fidejussorem.

2 Ita nos docet Paulus in *l. fidejussores 68. §. ult. ff. de fidejuss. Non possunt conveniri fidejussores liberato reo transactione.* Non poterat clarius decidi nostra controversia. Ulpianus in *l. & post. 7. §. 1. ff. de transact. Si fidejussor conventus, & condemnatus fuisset, mox reus transegisset cum eo, cui erat fidejussor condemnatus, transactio valeat, quæritur: & puto valere, quasi omni causa & adversus reum, & adversus fi-*

3 *dejussorem dissoluta.* Dissolvitur omnis causa adversus fidejussorem, etiamsi jam fuerit condemnatus. Multo magis si nec condemnatus, neque conventus fuerit. Sane de hoc valde poterat dubitari: nam judicio contrahitur obligatio sicut stipulatione, & non amplius origo judicii spectanda, sed ipsa judicati obligatio. Sunt verba Ulpiani in *l. 3 idem scribit ff. de peculio.* Novatur enim judicati actione prior contractus *l. ult. vers. Si enim C. de usur. rei judic.* imo, & sola contestatione *l. delegare 11. l. aliam 29. ff. de novat.* Itaque fidejussor condemnatus proprio nomine, tenetur ex nova judicati obligatione; quamobrem non videbatur per transactionem rei principalis esse liberatus. Sed quia per transactionem rei dissolvitur omnis causa etiam fidejussoris, vis transactionis porrigitur etiam ad obligationem rei judicatæ, ne liberato reo principali teneatur fidejussor: contra regulam *text. in l. in omnibus ff. de solution.*

Sed ut distinctius hoc explicemus. 4
Omnis obligatio tollitur aut ipso jure, aut ope exceptionis *L. qui servum §. si is cui ff. de obligat. & action. L. cum quis 38. §. 1. vers. & ideo & L. qui decem 72. in princ. ff. de solut.* Cum ipso jure tollitur, quoniam penitus extinguitur obligatio, indubitatum est omnino liberari fidejussorem *L. in omnibus ff. de solut.* veluti si reus solverit *princ. tit. instit. vers. item si reus. quib. mod. toll. oblig.* Si compensare possit *L. rerum 4. ff. de compens.* Si obligationem novaverit *l. 4. C. de novat.* & aliis modis similibus.

Ope exceptionis non penitus extinguitur obligatio, neque tollitur actio, sed ea repellitur, & infringitur exceptione: veluti pacti conventi, doli mali, quod metus causa, & aliis, quæ recensentur in *tit. instit. de exception.* ubi & illud traditum est, debitorem esse obligatum, & efficacem esse actionem, qua convenitur. Cum reus principalis liberatur ope exceptionis, libera-

ratur etiam fidejussor: non tamen sem-
5 per. Distinguendum autem est inter exceptiones reales, & personales. Si exceptio sit realis, ut illæ, quas modo enumeravimus, & aliæ similes, prodest etiam fidejussori, qui eadem exceptione se potest defendere. *L. si quis postquam* 37. *l. ubicumque* 60. *L. Si stipulatus* 15. *L. ex persona* 30. *ff. de fidejuss. L. omnes* 14. *ff. de except. L. defensiones* 11. *C. eodem*.

Si vero exceptio sit personalis, videlicet personæ debitoris principalis cohæreat, ejus personam non egreditur, nec ea potest se tueri fidejussor *L. exceptiones* 7. *in princ. ff de exception. L. etsi* 24. *ff. de re jud. c. §. ult. instit. tit. de replicat. c privilegium de reg. jur. in 6*.

His præmissis examinare oportet, quomodo per transactionem tum princi-
6 palis, tum etiam fidejussor liberentur. Perspicue id traditum *in d. L. & post rem* 7. §. 1. *ff. de transact.* Ibi: *omnis causa & adversus reum, & adversus fidejussorem dissoluta.* & in d. *L. fidejussores* 68. §. *ult. ff. de fidejuss.* Ibi: *non possunt conveniri fidejussores liberato reo per transactionem.* Si dissolvitur omnis causa: si non potest conveniri fidejussor, ergo non liberantur ope exceptionis. Etenim quando ope exceptionis contingit liberatio, manet adhuc salva obligatio, & quæ ex ea nascitur actio, qua recte, ac jure debitor convenitur. §. 1. *inst. tit. de except.* Ibi: *palam est te jure civili esse obligatum, & actio, quæ intenditur, efficax est.* & in §. 2. Ibi: *dare enim te oportet, cum ex stipulatione tenearis.* & supra: *Nam eam pecuniam a te petere posse eum certum est*, & in §. 3. Ibi: *nihilominus obligatus manet: quia pacto convento obligationes non omnino dissolvuntur: qua de causa efficax est adversus eum actio, quam actor intendit.* & in §. 4. Ibi: *adhuc obligatus permanet.* Transactionem autem omnia jura extinguere, & dirimere omnes obligationes, & actiones, fatetur ipsemet Urceol. *in tractatu de transact. quæst.* 8. *n.* 41. *& seqq.* Ergo ipso jure tollit obligationem; consequens autem est, etiam fidejussorem ipso jure liberari.

Non ignoro, transactionem tribus mo- 7
dis fieri posse: per simplex pactum, per Aquilianam stipulationem, & per pactum, cui subjiciatur stipulatio; *l.* 2. *ff. de transact. L. ut responsum* 15. *C. de transact. L. cum mota* 6. *l. si super* 9. *& l. seq. l. nec intentio* 23. *& l.* 33. *C. eod. l. si superstite* 5. *C. de dolo*. Si fiat per simplex pactum, liberatur fidejussor non ipso jure, sed ope exceptionis, quia simplici pacto inita solam exceptionem parit, *L. cum proponas* 17. *L. si quidem* 24 *L. sive apud* 28. *C. de transact.* Quod tamen intelligendum est, si transactio ex una parte saltem non fuerit impleta. Ea enim impleta ex una parte, alter obligatur etiam ci-
viliter ad implendum id, de quo con- 8
venit. Transactio enim est contractus innominatus: *vel do, ut facias: vel facio, ut facias, L. cum te transegisse* 5. *C. de transact.* Ibi: *si de fide contractus. l.* 5. §. 1. *& 2. per tot. ff. de præscr. verb.* & ex hoc contractu nascitur obligatio, & ex ea actio præscriptis verbis *l.* 1. §. *item ff. de rer. permutat. l.* 2. *&* 3. *l.* 5. §. 2. *& seqq. ff. de præscr. verb.* Hoc autem casu non potest dubitari, omnino liberari fidejussorem, cum fiat novatio prioris obligationis, in hanc novam obligationem, quam producit innominatus hujusmodi contractus transactionis *L. Lucius Titius* 78. §. *ult. ff. ad S.C. Trebell.* Et in hunc
transfunditur vetus obligatio, quæ ex- 9
tinguitur omnino, non solum pro parte, quam transigens accepit, sed in totum: nec reviviscit etiam repertis postea instrumentis, *L. sub prætextu* 19. *C. de transact. d. l. Lucius in fine ad Trebell.* ubi notanda sunt illa verba: *Si non transactum esset, posse conveniri.*

Er-

Digitized by Google

Ergo si transactum esset, conveniri non posset, qui transegit: cui consequens est, ipso jure liberatum esse. Est fortissimum argumentum, ut ait Papinianus in *l. 1. ff. de offic. ejus* Sed nec imperiali quidem rescripto potest vetus obligatio jam extincta resuscitari. *L. causas 16. C. eod.* Essentia enim novationis est constituere novam obligationem, ita ut prior perimatur *l. 1. in princ. ff. de novation.* Et quamvis ex constitutione Justiniani novatio non intelligatur facta, nisi id verbis exprimatur, *L. ult. C. de novation.* tamen, ut recte statuit Anton. Fab. *in Codice tit. de transact. defin.*
102. constitutio illa non comprehendit transactionem, in qua, nisi contrarium expresserint transigentes, natura sua novatio continetur. Etenim cum novatio pendeat omnino a voluntate contrahentium *d. l. ult. in fin.* Ibi: *& generaliter definimus, voluntate solum esse, non lege novandum*; manifeste apparet, transigentes voluisse a priori obligatione recedere, & novam constituere, quoniam a lite recedere voluerunt, & dubium, & incertum jus omittere, & vice ejus certum, indubitatum jus nancisci. Optime S. P. *in c. de transact.* Ibi: *decernimus ut omnia instrumenta, & quicquid aliud est, &c. sit vacuum & omni virtute cassatum, & sola pactorum inter vos habitorum pagina, validum perpetuumque robur obtineat.* Quamobrem fatentur omnes DD. per transactionem fieri novationem; & praeter Valeron. *tit. 5. quaest. 4. Urceol. quaest. 73. per tot.* Novatione autem facta a principali debitore, fidejussores liberari certi juris est, *L. novatione 4. C. de fidejuss.* Ibi: *liberatos esse non ambigitur, si modo in sequenti se non obligaverunt. L. ubicumque 60. ff. eod. L. unic. C. etiam ob chirograph. pecun.*

11 Maxime vero fit novatio, quoties aut mutatur forma contractus, aut in transactione adjiciuntur pacta incompatibilia cum priore contractu. Idque minime dubium est, aut controversum, sed omnium Doctorum auctoritate confirmatum. In hac autem transactione, & forma contractus est omnino dissimilis atque diversa, & maxima est pactorum utriusque contractus repugnantia. Quid enim commune habet cum censu haec transigentium conventio? Forma, & substantia census ea est, ut fiat & constituatur super re immobili, frugifera, certis finibus designata, & interveniat pecunia coram Notario numeranda, ut apparet ex Bulla V. *de censibus*, & explicat Cenc. *de Censib. quaest. 53. n. 31.* & si comparetur definitio census ab eodem tradita, distincteque & explicate singulis verbis definitionis expositis explanata, nullatenus convenit cum hac transactione. Pacta quoque sunt omnino pugnantia. In censu constitui debet jus in re, in transactione solum contrahitur obligatio, quae personam afficit: in censu debetur annua responsio, in transactione nihil debetur annuum, quia summa, quae debetur, fructifera non est, sicut est praedium, super quo census imponitur: in censu emptor non potest repetere pretium, quod solvit: in transactione peti potest summa promissa iis conditionibus, quae recensentur in laudata *decis. 17. in princ.* in facti narratione.

Sed quid opus est circuitione, & anfractu, cum ipsi transigentes perspicue declaraverint voluntatem novandi illis verbis: *ricevuta che sarà detta somma di scudi cento, resti estinto e risoluto detto contratto del censo, & ogni* 12
*ragione, che per detta causa abbiano, o aver possano detti &c.* Quid enim est novatio? est prioris debiti in aliam obligationem translatio: hoc est, cum ex praecedenti causa ita nova constituitur, ut prior perimatur. Sunt verba Ulpiani *l. 1. ff. de novation.* Non poterat clarius definiri nostra controversia. Nec obstat, quod ex pacto naturalis tantum na-

nascatur obligatio, non autem civilis. *l. juris gentium 7. §. sed cum nulla ff. de pact. l. ex placito 3. ff de rer. permut.* tum quia novatio contingit etiam quando subsequens obligatio, in quam transfunditur, est solummodo naturalis *d. l. 1. in princ. ff. de novat.* tum quia ex transactione etiam civilis nascitur obligatio, cum sit contractus, ut diximus.

13 Hactenus de primo genere transactionis, quæ simplici pacto celebrata est. Ea, quæ fit per Aquilianam stipulationem, & subsequentem acceptilationem, absque dubio liberat ipso jure tum principalem debitorem, tum ejus fidejussores: quia acceptilatio habet vim solutionis, *§. item per acceptilationem inst. tit. quib. mod. toll. oblig. l. si ex pluribus 16. in princ. circa fin. ff. de acceptil. l. non solum autem 7. §. 1. ff. de liberat. legat.* Atque ideo non solum acceptilatio a reo facta liberat fidejussorem, *l. in omnibus 43 ff. de solut.* sed etiam acceptilatio fidejussoris liberat reum principalem *l. & per jusjurandum 13. §. si fidejussori, & l. si ex pluribus 16. ff. de acceptil.* Nam Aquiliana stipulatio adjecta transactioni, omnimodo perimit omnes præcedentes obligationes, *l. Aquiliana 4 ff. de transaction. l. ut responsum 15. l. si causa 32 c. eod.*

14 Postremus modus transigendi est, cum conventioni initæ inter transigentes adjicitur stipulatio, ut plerumque fit *l. cum mota 6. l. si super 9. l. fratris 10. l. nec intentio 23. l. 33. c. de transact.* Et hoc est factum præsentis transactionis. Nam verbum *promitto* etiam in scriptura stipulationem inducit & continet. *l. sciendum & ibi Angel. & DD. ff. de V. O. l. optimum 14. c. de contr. stipul. §. item verborum 12. instit. tit. de inutil. stip. §. si scriptum 15. eod. tit. Paulus lib. 5. sentent. tit. 7.* unde §. *illum* desumpsit Justinianus. Quapropter omnino dicendum est, reum principalem ipso jure per transactionem fuisse liberatum, adeoque etiam fidejussorem. Cum enim, ut arbitror, etiam in contractu census intervenerit stipulatio, per stipulationem transactionis ipso jure tollitur stipulatio census, *l. si unus 27. §. pactus ff. de pact.* Ibi: *prius pactum per posterius eliditur, non quidem ipso jure sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est: quia in stipulationibus jus continetur, in pactis versatur.* Idcirco ex transactione, in qua stipulatio fuit inserta nascitur actio ex stipulatu, non datur actio præscriptis verbis, quemadmodum datur quoties per simplex pactum inita fuit. *l. cum mota 6. l. si pro fundo 33. c. de transact.* Quia transactio subjecta stipulatione non 15 est amplius contractus innominatus, sed convertitur in contractum nominatum stipulationis, & ex stipulatione nascitur obligatio, non ex transactione. Neque enim duæ sunt obligationes, sed unica tantum obligatio verborum. *l. si ita fuerit 6. §. ult. cum l. seq. ff. de novat.* Idem dicendum est etiam de censu, cui adjicitur stipulatio: nam ex eo quoque datur actio ex stipulatu, quæ tollitur per stipulationem transactionis *l. super 9. c. de transact.*

Hoc amplius mutata forma contractus, 16 mutatis pactis, quomodocumque id fiat, semper liberatur fidejussor, ut DD. omnes uno ore consentiunt. Nam fidejussio, cum per stipulationem contrahatur, stricti juris est, *l. in actionibus 5. in fin. cum l. seq. ff. de in lit. jurand. §. actionum 28. cum seq. instit. tit. de action.* & quicquid adstringendæ obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est. Ita Celsus in *l. quicquid adstringendæ 99. in princ. ff. de V. O.* Non potest igitur fidejussor neque primæva obligatione obstrictus esse, quia ea non tenetur amplius debitor principalis, adeoque nec fidejussor potest esse obligatus *l. 6. in fin. & l. fidejussor 16. in princ. ff. de fidejuss.* neque nova, quia in ea non se obligavit, & fidejussio non extenditur de casu

fu ad casum, & multo minus de una conventione ad aliam *l. damni* 18. §. *si is qui* 5. *ff. de damn. infect. l. ult. in fin. ff. de pact. l. non a judic.* 64. §. 1. *ff. de judic.*

17 Neque ad retinendum in obligatione fidejussorem quicquam prodest reservatio jurium a creditore contra fidejussores adjecta, si fidejussor ipse non consentiat. Non potest enim creditor transigendo privatis pactionibus lædere jus cæterorum, ut rescripserunt Imperatores Antoninus & Verus *l.* 3. *ff. de transact.* & Paulus in *l. Granius* 71. §. *si ponamus ff. de fidejussor.* Cum enim ea sit forma fidejussionis a jure præstituta, ut sit accessio principalis obligationis §. *fidejussores* 5. *inst. tit. de fidejus. l. generaliter* 5. *l. hi qui accessionis* 34. *ff. de fidejuss.* & natura accessionis sit ab eodem jure tradita, ut sublato principali non possit consistere *l. cum principalis* 78. *ff. de R. J. c. accessionum de R. J. in* 6. non potest hoc jus tolli privata pactione. *l. jus publicum* 38. *ff. de pact. l. Neratius* 20. *in princ. ff. de religios. & sumpt. funer.* Ibi: *quia pacto hoc jus publicum infringi non possit l.* 1. §. *si inter* 9. *ff. de magistrat. conven.* Ibi: *conventiones pupillo non præjudicare Divus Adrianus rescripsit: conventione enim duumvirorum jus publicum mutari non potest. l. quod bonis* 15. §. 1. *ff. ad leg. Falcid. l. cerdonem* 42. *ff. de oper. libert.* Non potest reus principalis sua pactione iniquam conditionem inferre fidejussori. *l. non debet* 74. *ff. de R. J. c. non debet* 22. *de R. J. in* 6. *l. siquis suo* 33. §. 1. *vers. hoc iniquum c. de inoffic. testam.* cum factum cuique suum nocere debeat, non alteri *l. factum ff. de R. J.*

18 Præterquam quod pacta, quæ repugnant contractui, & legibus, jus aliquod secundum naturam actus tribuentibus, non valent. *l. cum precario* 12. *in princ. ff. de precar. l. cum ultra c. de non numer. pec. l. rogasti* 11. §. *si tibi decem ff. de reb. cred. l. illud* §. 1. *& seqq. & l. seq. & passim ff. de pact. dotal.*

Atque hæc in nostra transactione sunt evidentissima. Quid enim sibi reservat creditor? *Riservandosi però le ragioni tali quali se gli competino contro i mallevadori.* Post extinctionem census, quænam jura competunt contra fidejussorem? Profecto nulla. Nihil igitur sibi reservat: Nullum jus hæc reservatio comprehendit. Cum enim reservatio fuerit adjecta post declarationem extinctionis census, & in illud tempus collata, quo nullum jus creditori est competiturum, utique nullum jus sibi reservat. Præsertim quia non sibi reservat simpliciter, & absolute jus & obligationem: sed *jura talia, qualia* sibi competent extincto censu: quæ verba demonstrant jura, quæ non est habiturus. Demonstratio autem, quæ denotat, atque designat rem, quæ non est in rerum natura, aut jus quod non competit, actum inutilem reddit. *l. si sic legatum* 75. §. 1. & 2. *ff. de legat.* 1. *l. legavi* 25. §. *quod si sic dixit ff. de liberat. leg. l.* 1. §. *sed etsi dotem ff. de dote præleg. l. si ita stipulatus* 20. *ff. de V. O.*

Examinemus modo fundamenta laudatæ *decis.* 19. Probant autem sapientissimi judices fidejussores non fuisse liberatos, impediente liberationem adjecta reservatione contra ipsos fidejussores, auctoritate Salycet. *in l. fin. n.* 3. *c. de remiss. pign.* & Bartol. *in d. leg. fin.* Glossæ *in l. Paulus* 12. *verbo*, *remisisse*, & ejusdem Pauli *in d. l. Paulus ff. quib. mod. pign. vel hypothec. solvatur.* Hæc *n.* 9. *& seqq. d. decis.* 17. 19

Mirum profecto est, doctissimos viros ad revocandam sententiam priorum judicum, qui meo judicio recte judicaverant, & ad condemnandos fidejussores, adductos fuisse auctoritate Doctorum, qui solvunt quæstionem a nostra controversia tam alienam, quam quod maxime. Primum enim illi agunt de pigno-

gnore, nos de fidejussore, cujus est multo diversa natura. Novum autem est dicta Doctorum producere ad consequentia, & ad similia, quod soli legi tribuitur, quæ casus omnes non potest comprehendere *l. non possunt 12. cum duab. seqq. ff. de legib.* Multo magis novum, trahere ad dissimilia, atque diversa: sed hic non consisto. Expendo, quid attineant ad hanc causam eorum auctoritas, & opinio.

20 Quæstio, de qua illi disceptant, est ejusmodi. Paulus in *l. Paulus 12. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvatur* respondit, quod si creditor consenserit, & permiserit debitori suo, ut rem sibi oppignoratam tertio creditori obliget, jus suum pignoris videtur remisisse, non vero tertium in locum succedere voluisse. Quærunt hic Doctores, an videatur remisisse hypothecam quoad omnes creditores, quibus res illa est obligata. Glossa ait videri remissum jus pignoris solum quoad eum creditorem, cui permisit obligari. Sed ea communiter reprobatur, quia loquitur contra litteram textus. Bartolus autem distinguit inter feminam & masculum, & ait: hunc censeri remisisse quoad omnes; illam vero solummodo quoad tertium per text. in *l. Jubemus C. ad S. C. Vellejan.* Contra vero Salycetus ita distinguit. Si creditor sciens pignus a debitore alteri obligari, tacuit; silentium ei non præjudicat: si expresse consensit, aut consensum restrinxit ad tertium creditorem; solummodo quod ad eum sibi præjudicat, non quod ad alios: si vero simpliciter, & absolute consensit, pignus remisisse videtur, & quod ad omnes sibi præjudicat, sive sit masculus, sive femina. Salycetum sequitur Bich. *in d. decis. 124. n. 19. & seqq.* Ronchag. & alii.

21 Quid, oro te, amice jucundissime, commune habet, aut simile hujusmodi quæstio cum nostra causa? In hac quæritur de voluntate: in nostra de potestate. In hac ille, qui privatur jure suo, consentit, & quidem expresse, tacens enim pro consentiente non habetur: in nostra fidejussor, qui privandus est beneficio liberationis, nullum præstat consensum, & privatur invitus. In hac creditor remittit jus proprium quod habet: in nostra remittit jus alienum. Dixi breviter, & fortasse paulo obscurius, sed si potero, clarius explicabo.

22 Creditor, cui pignus a debitore fuit obligatum, potest quandocumque & quomodocumque pignus remittere, & rem sibi obligatam a nexu pignoris liberare. Dimittit enim jus, quod habet, & juri suo renunciat, quod cuique facere licet *l. pactum 46. in fin. ff. de pact. l. penult. vers. cum alia, c. eod. l. si judex ff. de minor. l. invito ff. de R. J.* Potest igitur creditor remittere jus pignoris, & rem obligatam a nexu pignoris liberare: nam obligatio pignoris & consensu contrahitur, & dissolvitur: ut ajunt Severus, & Antoninus in *l. 2. c. de remiss. pign.* sed creditoris consensus est necessarius: ignoranti enim & invito non potest ei jus pignoris a debitore auferri, etiamsi reipublicæ pignori dederit. *l 3. cod. eod. l. penult. & l. ult. c. eod.* Potest etiam creditor renunciare secundo creditori jus quod habet, ut ei præferatur, sed sicut illud, ita hoc pendet a voluntate creditoris, quæ in his sola spectatur. *l. creditor 12. § si tecum ff. qui pot. in pig. habeantur.* In his igitur de potestate nulla existit controversia, cum certum sit, & indubitatum, unumquemque posse jus suum a se abdicare, & vel extinguere, vel in alium transferre, atque alteri cedere. Solum in his versatur quæstio voluntatis: scilicet an inter creditorem, & debitorem id actum fuerit, ut a pignore discedatur, vel ut secundus creditor in locum ejus succedat, de qua in laudata *l. Paulus & in l. si debitor 4. § 1. & seqq. l. solvitur l. si consensu & aliis ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvat. l. 1. L. si co*

teu.

Digitized by Google

*tempore 6. & duab. seqq. C. de remiss. pign. l. creditor 12. §. si tecum ff. qui potior. in pign.* In quibus omnibus consensus requiritur creditoris, qui jus suum amittit, quod ipsi invito auferri non potest *l. id quod nostrum ff. de R. J.*

23 In causa vero, de qua agimus, contraria omnia: in hac enim non versatur quæstio voluntatis, sed potestatis. Etenim voluntas creditoris transigentis privandi fidejussorem beneficio liberationis, certa est & expressa in ipsa transactione. De potestate solum quæstio est, an possit eum privare hoc beneficio, quod ipsi a jure conceditur, *l. in omnibus ff. de solut.* ut supra copiose, & luculente probavimus. In superiore quæstione creditor amittit jus suum sua voluntate, atque consensu, ut probavimus: in hac ei aufertur invito. Si hic quoque fidejussor consentiret, utique non liberaretur. *l. novatione 4. c. de fideiussorib.* Ibi: *novatione legitime perfecta debiti in alium translati, prioris contractus fideiussores vel mandatores liberatos esse non ambigitur: si modo in sequenti se non obligaverant.* Animadvertere oportet in his verbis, quod pro veteri contractu non manent obligati, etiamsi consenserint, quia repugnat naturæ fidejussionis, quæ est accessio principalis obligationis, ut extincta principali obligatione subsistat; possunt tamen pro novo contractu se obligare. Itaque absurdum est, putare fidejussores pro censu, videlicet pro veteri contractu, manere obligatos: cum neque consensum præstiterint, neque si præstitissent, id consequi potuissent, repugnante juris dispositione, & naturali ratione. Itaque creditor abdicat, aut cedit jus suum volens lubens, imo ipse seipsum privat suo jure: contra hic fidejussor ignorans & invitus amittit jus suum, atque ipsi a creditore aufertur. Vides igitur omnia esse contraria, & casus non solum esse diversos, sed inter se pugnare. Quid igitur deferendum putas huic illationi? *l. ubi pugnantia 188. ff. de R. J.*

Cum hæc evidentissima sint, silentio non possum prætermittere, quod periculosum admodum est argumentum, quod ducitur a pignore ad fidejussorem. 24
Licet enim liberato reo principali semper liberetur fidejussor *l. in omnibus ff. de solut.* tamen non semper liberantur pignora, etiamsi sublata fuerit actio personalis *l. 2. C. de solution. pign.* Ibi: *intelligere debes vincula pignoris durare personali actione submota l. eum quis 38. §. ult. ff. de solution.* Ibi: *qui pro te apud Titium fideiusserat, pignus in suam obligationem dedit: post idem heredem te instituit. Quamvis ex fideiussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit.* Alia exempla proponuntur in *l. qui occidit 30. §. 1. vers. sed an ff. ad Leg. Aquil. l. servum 27. ff. de pignor. l. cum notissimi*, & ibi DD. *C. de præscript. 30. annor.* Pignus enim semel recte constitutum non nisi certis modis solvitur: videlicet si pecunia soluta fuerit, vel eo nomine satisfactum creditori. *l. grege 13. §. etiam ff. de pign. l. si rem 9. §. omnis ff. de pignor. act. l. si fundus 16. §. in vindicatione ff. de pignor. l. aliquando 13. §. de pignoribus ff. ad S. C. Vellejan.*

Simile est argumentum fundatum auctoritate Cavanat. *cons.* 11. & Rot. Roman. *cor. Bich. decis.* 124. & post Merlin. *de pignor. decis.* 103. *N.* 27. nam res apud illos controversa a proposita quæstione est longe diversa. Quærunt enim, an ex duobus correis debendi, uno liberato, liberetur etiam alter. In his autem explorati juris, quod uno ex iis liberato, alter non liberatur, nisi prior ille fuerit liberatus per solutionem, aut alium modum, qui vicem solutionis obtineat: quia iniquum admodum esset, credi- 25

ditorem bis idem exigere. *l.* 3. *in fin. ff. de duobus reis l.* 2. *in fin. ff. eod. l. bona fides.* 57. *ff. de R. J. l. Si quis dolo* 52. *in fin. ff. de re judic. l. si fideiussor.* 29. §. *hoc idem, & l. si quis alicui* 27. §. *ult. l. creditor* 60. §. *duobus ff. mand.* Cæterum aliis modis liberato uno ex correis, alter non liberatur, etiamsi in rem pactus fuerit *l. fideiussoris.* 23. *juncta l. idemque* 25. *ff. de pact.* quæ duæ leges simul jungendæ sunt, cum ex eodem libro tertio Pauli ad Edictum ambæ fuerint deprompta, ut recte monet Vinn. *de pact. cap.* 16. & Cujac. *ad lib.* 3. *Pauli ad edictum in explicatione d. l.* 23. *in fin.* clarius in *l.* 3. §. *nunc de effectu* 3. *ff. de liberat. leg.* Itaque nec fidejussor liberatur pacto sui confidejussoris *d. l. si fideiussor.* 23. *ff. de pact. l. si stipulatus* 15. §. 1. *ff. de fideiussor.* Nec tutor aut curator pacto aut transactione alterius tutoris aut curatoris, qui simul cum eo tutelam curamve communiter, vel separatim gessit. *l.* 1. *C. de transact.*

26 Contraria regula tradita fuit in liberatione debitoris principalis quod ad ejus fidejussorem in *l. in omnibus, ff. de solut.* Ibi: *in omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur: puta adpromissores, hypothecæ, pignora:* adpromissores, id est, fidejussores. *l.* 5. §. *satis accepto ff. de V. O.* Quamobrem etiam pacto rei principalis fidejussor liberatur. *l. & hæredi* 21. §. *ult. ff. de pact.* Hujus autem differentiæ plures sunt ratio-
27nes. Prima, quia fidejussoris obligatio est accessio principalis obligationis, & fidejussor est, qui accessionis causa obligatur §. *fideiussores* 3. *instit. tit. de fideiuss. l. generaliter.* 5. *in princ. l. hi qui accessionis.* 34. *ff. de fideiuss.* non potest autem esse accessio, nisi sit aliquid principale, cui adhæreat & innitatur. §. *cum in suo* 29. *instit. de rer. divis. l.* 2. *ff. de pecul. legat. l.* 2. *ff. de superfic.* adeoque sublata quocumque modo principali obligatione, etiam fidejussoris obligatio tollatur, necesse est. *l. nihil dolo.* 129. §. 1. *l. cum principalis* 178. *ff. de R. J. c. accessorium de R. J. in* 6. Altera, quia natura & 28
forma principalis obligationis, & fidejussionis ferme sunt unius modi, & hæc ab illa pendet; adeo ut exceptiones omnes, quæ reo principali dantur, fidejussori communicentur. *l. si stipulatus.* 15. *l. ex persona* 32. *ff. de fideiuss. l. exceptiones.* 6. §. 1. *l. omnes.* 29. *ff. de except. l. defensiones* 11. *C. eod.* §. *ult. inst. tit. de replic.* ubi hæc etiam ratio redditur, quia quod a fidejussoribus petitur, ab ipso reo peti videtur: quod ex Sabini sententia scripserat multo ante Ulpianus in *l. adversus* 29. *ff. de recept. arbitr. qui a fideiussore petit τῇ δυνάμει a reo petit:* hoc est, *potestate*, seu ut dialectici ajunt, *potentia:* adeoque incurrit in poenam, perinde ac si a reo peteret. Hæc autem non conveniunt duobus reis: nam nec exceptio unius communicatur alteri; nec obligatio unius est accessio obligationis alterius, cum ambæ sint æque principales. *L.* 2. *& passim ff. de duob. reis.*

Postrema ratio est, quia pactum cum 29
debitore factum prodest tum ipsi debitori, qui paciscitur: tum aliis obligatis, solummodo quoties debitoris paciscentis interest, eos ab obligatione liberari. *L. & hæredi.* 21. *ff. ult. cum seqq. ff. de pact.* Quibus efficitur, neque unius rei liberationem prodesse correo: neque unius fidejussoris alteri confidejussori: neque tutoris contutori; quia eorum, qui liberati sunt, nihil interest, alios simul obligatos liberari, nisi socii sint. *L. fideiussoris* 23. *ff. de pact. L.* 3. §. *nunc de effectu. ff. de liberat. legat.* Contra vero pactum, & liberatio rei principalis prodest fidejussori, quia rei principalis interest, fidejussorem quoque liberari: quoniam fidejussor habiturus est regressum adversus ipsum reum: quocirca inutilis efficietur reo liberatio, qui poterit à fidejussore, si non à creditore conveniri.

d. l.

*d. l.* 21. *in fin. d. l.* 3. §. 3. Quam igitur utilitatem percipiet ex liberatione? plane nullam. *d. l.* 3. *l. ult.* §. *ult. C. de usur. rei iudic. l. quod dictum* 32. *ff. de pact. l. Sed si pater* §. *non solum ff. de S. C. Maced. l. cum Lex* 46. *ff. de fidejuss. l.* 1. §. *exceptionem. ff. quar. rer. act. non dat.*

30 His prælibatis, perspicue apparet, doctores in proposita decisione allegatos ad nostram quæstionem nullatenus pertinere. Omnes enim agunt de duobus reis, & statuunt, uno ex illis per pactum liberato, alterum liberatum non esse: idque verissimum est, sed fidejussori non convenit, de quo contrarium a jure constitutum fuisse probavimus. Hoc amplius in *decis.* 154. *cor. Bichio* non solum Sulpitius fuerat correus communitatis Signinæ in imponendo censu, sed postea constitutus erat unicus debitor ac reus, quia in affictu contracto cum communitate censum sibi accollaverat, ut refert Carill. *decis.* 90. *in princ.* ubi factum narrat enucleate, & indicat ipse Bichius *n.* 27. *in decis.* 103. *post* Merlin. *de pignor.* Similiter erant plures hæredes, qui singuli in solidum, & principaliter erant obligati, ut ibi probatur: nec ibi agebatur de pacto de non petendo facto cum uno ex heredibus, sed de dilatione per biennium, quam mater filio fecerat, ut interim posset dotem sibi debitam exigere ab aliis coheredibus, *ibi n.* 24. Dilatio autem ad solvendum concessa debitori ipsum non liberat ab obligatione; dies enim adjectus differt solutionem, non impedit obligationem. §. *omnis inst. tit. de V. O. l. centesimis* 46. *ff. eod. l. in diem* 10. *ff. de condict. indeb. l. cedere diem.* 212. *ff. de V. S.* Si igitur non liberatur ipsemet hæres, qui paciscitur, multo minus possunt liberari coheredes, qui expressim in pacto fuerant exclusi ab ipso beneficio dilationis. Quamobrem jure ac merito Rota *ibi n.* 25. *& seqq.* decidit, pactum illud neque novationem, neque liberationem inducere, atque adeo dici non posse, etiam cohæredes fuisse liberatos. Miror profecto, his auctoritatibus fundatam fuisse decisionem, quam examinandam te mandante suscepi.

Illud adhuc addo, quod etiamsi de 31 duobus reis ageretur, tamen transactione unius alter quoque fuisset liberatus tum vi novationis, ut initio diximus ac probavimus: tum vi solutionis. Solutio enim liberat etiam correum vel invito ac repugnante creditore. §. *ex huiusmodi instit. tit. de duob. reis princ. tit. instit. quib. mod. toll. oblig. l. solutione* 23. *l. solvere.* 53. *ff. de solut. l. solvendo* 39. *ff. de negot. gest.* Solutis igitur a debitore centum, quanti fuit inter creditorem & debitorem, utriusque consensu lis æstimata, solutione ejus, quod debet, liberatur debitor ab obligatione: eoque per solutionem liberato indubitati juris est, liberari etiam omnes alios obligatos. *d. princ. tit. inst. de solut.* & passim. Nec officit quod 32 tota summa census soluta non fuerit. Etenim cum jus census esset incertum, & controversum, creditor pro ea summa transfigendo, tanti videtur æstimasse jus suum, ut in simili respondit Paulus in *l. Sed si non servus* 36. *in princip. ff. ad Leg. Falcid.* nec quicquam amplius poterat a debitore extorquere, ut respondit Papinianus *in l. Imperator.* 70. §. 1. *ff. de leg.* 2. sed ea summa con- 33 tentus esse debebat, cum ipse juri suo ejusmodi pretium constituerit. Dubius enim litis eventus, incommoda, impensæ, aliaque, quæ necessario lites comitantur, valde minuunt summam debitam. Ulpian. *in l. nam hoc modo.* 11. *ff. de hered. vel act. vend. Hoc modo admittitur esse venditionem: si qua sit hereditas, esto tibi empta: & quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat; ut in retibus.* Hoc incertum habet æstimationem, quam ipsi dederint contrahentes, *ut in retibus.* ait J. C. videlicet quemadmodum cum emitur

jactus

Digitized by Google

jictus retis, nempe captus piscium, vel avium, *l. si jactum* 12. *ff. de action. empt. l. nec emptio.* 8. §. 1. *ff. de contr. empt.* idemque est cum emitur partus nasciturus, vel fructus futuri. *d. l.* 8. *in princ.* Nam & id quod incertum est, potest æstimari. *d. l. si jactum.* 12. *de act. empti.* & qui solvit illam æstimationem, ab obligatione per solutionem liberatur. *d. l. si jactum.* Incertum quoque emitur, & æstimatur cum emitur nomen debitoris, qui sub conditione debet. *l. nomina* 17. & *l. multum* 19. *ff. de hæred. vel act. vend.* imo, & cum emitur nomen debitoris cujuscumque: licet enim certam summam debet, tamen incertum est, quid ab eo poterit exigi: vel cum emitur actio, ut in *l. venditor* 23. *ff. eod.* Nemo autem dixerit, me non solvere integram summam, si solvero quinquaginta, quanti fuit æstimata, licet actione illa centum
34 peti possint. Ad rem nostram. Transigentes pepigerunt de summa centum scutorum: tanti incertum litis æstimarunt: tanti creditor æstimavit actionem suam, nomenque debitoris: soluta hac summa creditori secundum conventionem, & æstimationem utriusque consensu constitutam, quis neget hac solutione plene satisfactum fuisse creditori, & per solutionem debitorem fuisse liberatum? Atque id actum fuisse inter contrahentes ipsi manifesto declararunt paciscendo, ut solutione conventæ summæ extingueretur & resolveretur census, & omne jus, quod ex ea causa posset provenire. Manifestum igitur est compertumque, solutione peremptam extinctamque fuisse principalem obligationem, adeoque etiam omnes alias, quæ ipsi accesserant: nam ea sic extincta, non possunt amplius subsistere. Imo vero, ne quidem si iterum se obligaverint, nova obligatione poterunt obstringi: nam qui fieri potest, ut obligetur ad præstandum censum, aut solvendos ejus fructus, extincto jam, & resoluto censu? repugnat, & naturalis, & civilis ratio. Deficiente enim re, quæ in obligationem deducitur, consistere non potest obligatio, *l. cum illud* §. 1. *ff. quand. dies leg. ced. l. cum certus* 5. *ff. de trit. vin. & ol. leg. l. nec emptio* 8. *in princ. ff. de contr. empt. l.* 1. §. *si id quod* 9. *ff. de oblig. & act. l. si homo* 69. *ff. de V. O. l. inter* 83. §. *sacram vers. & ea dumtaxat ff. eod.*

Nihilo magis ad rem pertinet *decis.* 35
169. Nam ibi reus duabus obligationibus erat obstrictus: altera tamquam hæres cum beneficio legis, altera nomine proprio, qua se per stipulationem obligaverat. Potest enim quilibet pro eadem re duabus obligationibus teneri *l. non ut ex pluribus* 159. *ff. de R. J. l. & an eadem* 14. §. *actiones ff. de except. rei judic.* maxime si altera sit proprio nomine contracta, altera vero hæreditaria *l. generaliter* 5. *vers. reum vero, & vers. refert autem ff. de fidejussor.* Potest igitur pacto vel transactione reus duabus obligationibus obstrictus ab una liberari, retenta altera: In laudata decisione liberatus erat obligatione hæreditaria, non autem obligatione, qua ipse sua promissione, nomine proprio se obstrinxerat. At in nostra specie D. Octavius tenebatur solum tamquam heres beneficiatus, nec ipse nomine proprio se obligaverat: cum igitur tamquam hæres liberatus fuerit in transactione: & eo amplius etiam bona hæreditaria fuerint nominatim liberata, nulla superest obligatio, cui possit inniti obligatio fidejussoris: præsertim quia fidejussor initio tempore contractus pro censu se obligaverat, qui est jus in re: ac propterea liberata re, super qua census fuit impositus, non potest manere fidejussor obligatus.

Infirmatis ac refutatis argumentis, quibus fundatur decisio, quam examinamus, modo revertamur ad confirmandum exquisitius, quod dicebamus, fidejussorem proposita transactione fuisse libe-

Digitized by Google

36 liberatum. Regula juris est certissima, fidejussorem liberari, quotiescumque habiturus esset regressum adversus principalem debitorem: ea evidenti ratione, quia frustra liberatus esset a suo creditore debitor, si posset a fidejussore conveniri. Quid enim debitoris interest utrum a creditore, an a fidejussore conveniatur, & cogatur ad solvendum? Tradita est hujusmodi regula passim in jure nostro. In *l. cum Lex* 46.*ff. de fideiuss.* Ibi: *fidejussor quoque liberatur: eo magis quia per eiusmodi actionem ad reum pervenitur.* In *l.1.§. exceptionem ff. quar. rer. act. non datur.* Ibi: *etenim parvi refert, protinus libertus cogatur dare, an per interpositam fidejussoris personam l. ult. in fin. C. de usur. rei iudic.* Ibi: *cum enim interventor solvere compellebatur, & ipse reum coercebat ad invitam solutionem, nullum condemnatus habebat sensum nostræ humanitatis, quia per medium fideiussorem statim solvere compellebatur. l. 3. §. nunc de effectu ff. de liberat. leg. alioquin dum a correo meo petitur, ego inquietor. l. 5. in princ ff. eod. alioquin si fidejussorem cœperit convenire, alia ratione reus convenitur. l. quod dictum 32. ff. de pact. l. sed si pater 9. §. non solum ff. de S. C. Macedon. l. adversus 29. ff. de recept. arbitr.* ubi qui petit a fidejussore, τῇ δυνάμει a reo petit, & incidit in poenam impositam petenti ab ipso reo, perinde ac si ab ipso reo peteret §. *exceptiones inst. tit. de replicat.* Ibi: *& recte, quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur, quia mandati judicio redditurus est eis, quod pro eo solverint.* Est ergo regula constans, & perpetua, quod quando fidejussor habiturus est regressum contra reum principalem, liberato reo, ipse quoque liberatur. Tribus autem in causis fidejussor non habet regressum contra reum principalem, cum ei non detur neque mandati actio, neque negotiorum gestorum. Prima, si 37 fidejusserit pro debitore invito ac repugnante *l. qui fide alterius* 53. *ff. mandat. l. si pro te* 40. *ff. eod. l. fin. C de negot. gest.* Altera, si donationis causa fidejusserit: non potest enim repetere, quod donavit *l. sed si pater 9. §. non solum ff. de S. C. Macedon. l. quod dictum* 32. *ff. de pact. l.5. in princ. ff. de liberat. leg.* Tertia, si in rem suam fidejusserit, & ad eum pecunia pervenerit, quo casu pro reo accipiendus est *l. sed si fidejussor* 24. *ff. de pact. l. 5. in princ. & in §. 1. ff. de liberat. leg.* His causis exceptis fidejussor habet regressum adversus debitorem principalem, pro quo solvere compellitur, ut sibi restituat, quod solvit; ad quod repetendum datur ei actio mandati vel negotiorum gestorum. §. *si quid autem 6. instit. de fidejuss. l. idemque* 10. §. *fidejussores ff. mandat.* adeoque ex modo explicata regula necesse est, ut liberato reo, liberetur etiam fidejussor.

Neque has actiones ipsi potest auferre reservatio, & protestatio creditoris: quia jus nostrum nobis invitis auferri non potest, aut fieri deterior nostra conditio, *l. nec filius* 7. *C. de reb. cred. l. id quod nostrum ff. de R. J. l. debitorem* 15. *C. de pignor. l. solvendo* 39. *ff. de negot. gest. l. in princ. ff. de transact.* Ibi: *Imperatores Antoninus & Verus ita rescripserunt. Privatis pactionibus non dubium est, non lædi jus cæterorum. Quare transactione &c. l. 2. C. res inter alios acta.* Ibi: *Inter alios factam transactionem absenti non posse facere præjudicium, notissimi juris est, l. si unus* 27. §. *pacta 4. vers. ante omnia ff. de pact.* Ibi: *ante omnia enim animadvertendum est, ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re aliave persona noceat. l. quo tutela 73. §. ult.* 38

*ult. ff. de R. J.* Ibi: *nec paciscendo neq legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri nocere potest:* & in *l. seq. non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri. § ult. inst. tit. de his qui sunt sui vel alien. iuris.* Ibi: *nec*
39 *cuiquam hominum jus suum detrahi oportet.* Ita respondit Antoninus Imperator. Idque adeo verum est, ut contra nec princeps ipse referibat *l. 2. §. merito 13. & §. si quis a Principe ff. ne quid in loco publ. l. 2. C. de precib. imper. offer. l. si testamentum 10. C. de testam. l. 5. C. de revoc. don. L. auctoritatem 3. C. unde vi l. nec avus C. de emancip. liber.* Sine ulla igitur controversia fidejussor, qui transactioni non intervenit, eique consensum non præstitit, omne jus retinet adversus debitorem, omnesque actiones, quas ei debitor paciscendo cum creditore non potuit auferre. Atque remanentibus penes fidejussorem actionibus, quibus potest convenire reum principalem, ipse quoque fidejussor liberatur, juxta regulam modo traditam: ergo certissimum est, in proposita causa fidejussorem fuisse liberatum. De hac insuperabili difficultate altum silentium in laudata decisione.

Aliud quoque præsto est fidejussori tutissimum præsidium, quo se a creditore conventus tueatur, exceptio ce-
40 dendarum. Etenim creditor fidejussori præstare debet actiones *l. cum is 36. ff. de fideiuss. l. cum alter 11. C. eod.* & si non possit actiones cedere fidejussori ad solvendum parato, repelli ab agendo debet hac exceptione *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. si creditor penult. ff. de solut. l. si pupillus 45. ff. de admin. tutor.* [& ad utramque legem videndus Cujacius : sunt enim admodum obscuræ. Facit text *in l. si mandatu 13. in l. fideiussoribus 17. ff. de fideiuss. l. Papinianus 28. & l. qui 43. ff. mandat.* Neque hoc beneficium a lege concessum fidejussori potest ipsi invito pactione creditoris auferri, qua juri publico derogari non potest, *l. si arrogator §. 1. ff. de adoption. l. jus publicum 38. ff. de pact. l. Neratius 20. in princ. vers. quia pacto ff. de relig. & sumpt. fun. l. 1. §. si inter ff. de magist. conven. l. quod bonis 15. §. 1. ff. ad Leg. Falcid. l. cerdonem 42. ff. de oper. libert.* Imo etiamsi non a lege sed pactione ipsius creditoris fuisset exceptio quæsita fidejussori, tamen contraria pactione non posset ipsi creditor eam auferre, & privare ipsum beneficio, quod ejus facto fuerat ipsi acquisitum *l. ult. ff. de pact.* Nam & naturalis, & civilis ratio suadet, alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis, & invitinos facere posse, deteriorem non posse *l. solvendo 39. ff. de negot. gest.*

Respondent ad hoc primo, quod fi- 41
dejussor non indiget cessione actionum, ut possit agere contra reum principalem. Sed inanis est hæc responsio. Neque enim quærimus, utrum indigeat cessione actionum: sed an ei jure concessum sit hoc beneficium cedendarum actionum, & an eo possit privari a creditore. Si habet hoc beneficium, ut vere habet, eoque privari non potest pactione creditoris, consequens est, eum exceptione cedendarum actionum repellere posse agentem creditorem; quia creditor nullas habet actiones, quas cedere possit, aut inefficaces ad consequendum. Neque officit, quod alio remedio possit suum consequi. Tralatitium enim, plura remedia a jure concedi, pluresque in eamdem rem actiones, plures exceptiones, ut laxior sit agendi facultas, ut docet Papinianus in *l. cum filius 76. §. variis ff. de legat. 2.* Et de actionibus exempla passim occurrunt in *l. 1. C. commun. de legat. in l. quod in herede 9. §. 1. ff. de*

*de tribut. act. l. pro socio* 38. *& l. sed si ex causa* 47. *ff. pro socio l. & an eadem* 14. *§. actiones ff. de except. rei judic. l. non est novum* 10. *ff. de action. empt.* De exceptionibus autem in *l.* 2. *§. item quæritur* 4. *cum §. seqq. ff. de dol. mal. & met. exc.* & explorati juris est, neminem prohiberi pluribus exceptionibus uti, etiamsi diversæ sint, nisi lex ipsa impediat *l. nemo* 8. *ff. de exception. l. nemo* 43. *ff. de R. J. c. nullus* 20. *de except. in* 6. Præsertim vero in casu nostro, in quo duæ exceptiones non proveniunt ab eadem causa: & amplius quod exceptio cedendarum plenior est exceptione pacti. Quocirca illud etiam falsum est, quod ea non indigeat fidejussor. Sed frustra de hoc quæritur, ut modo dicebam; ac ne ipsi quidem judices in hoc insistunt, sed id obiter tantummodo attingunt.

43 Respondent igitur, quod ex illa reservatione contra fidejussores deducitur, id tacite actum fuisse inter creditorem & debitorem, ut creditor posset cedere actiones fidejussori convento, & ad solvendum parato, quibus possit a debitore, quantumcumque solverit, recuperare. Sed hæc responsio nec ulla lege nititur, nec ullo rationis jurisque fundamento. Allegant quidem illi textum in *l. nisi hoc actum* 22. *ff. de pactis*, ubi hoc aperte disponi affirmant, ejusque verba afferunt, quasi illis hæc controversia definiatur, ibi *n.* 26. sed ea nihil ad rem nostram. Ibi enim agitur de exceptione pacti conventi, non de exceptione cedendarum, quæ ab ea est longe diversa. Etenim lex illa connexa est superiori legi, in qua nominatur exceptio pacti, & de ea solummodo quæritur, an proficiat fidejussori. Satis est, legem utramque vel cursim legere, ut intelligatur, quam perperam ad hoc allegetur. Enimvero non solum id nulla lege constitutum est. Sed lex huic tacitæ interpretationi repugnat ac refragatur. Si enim creditor potest cedere, imo cedere cogitur actiones suas fidejussori, habebit hic regressum adversus principalem debitorem. Constans autem & perpetua juris regula est, liberari fidejussorem, quoties habiturus est regressum adversus principalem liberatum, ut paulo ante demonstratum est. Repugnat etiam ratio, & voluntas ipsius debitoris. Quorsum enim paciscatur a se non peti, si poterit conveniri, & cogi ad solvendum a fidejussore? Quid enim refert debitoris, utrum cogatur solvere a suo creditore, an a fidejussore? *l.* 1. *§. exceptionem ff. quar. rer. act. non dat. l. ult. in fin. C. de usur.* & aliis supra allatis. An vero verisimile est debitorem transigendo id egisse, ut nullum emolumentum ex transactione perciperet? Repugnat huic voluntati natura ipsa transactionis, quæ eo fit, ut a lite discedatur, ut lis finiatur, & finita amplius non reviviscat *l. fratris* 10. *C. de transact. l. causis* 16. *C. eod* Revivisceret autem lis, si creditor cederet actiones fidejussori, quibus ageret contra debitorem: nam cum sint eædem actiones, quibus debitor ab ipso creditore conveniebatur, eadem controversia esset in judicio disceptanda, eademque lis denuo instauraretur. Sed fac eam fuisse voluntatem transigentium contra omnem verisimilitudinem: quid tum? an hoc pendet a voluntate contrahentium? minime vero: hujus rei omnis potestas in jure sita est, quod creditorem compellit ad cedendas actiones, si quas habet, fidejussori solventi: & si non possit, aut nolit cedere, tuetur fidejussorem, ne cogatur ad solvendum. Debitor autem non potest auferre fidejussori exceptionem, quam habet a jure ad repellendum creditorem *l. si stipulatus* 15. *in princ. ff. de fidejussor.* nec impedire, ne eam opponat creditori, etiamsi contentum se esse dicat, & paratum sustinere judicium, si fidejussor mandati cum eo agere velit *d. l. in princ.*

44 Sed ut pressius agam: quas, oro, actiones

nes cedere debet creditor, aut cedere potest, si nullas actiones amplius habet? Nam potest in fidejussorem transferre actiones, quas non habet? Absurdum est hoc dicere. *l. traditio* 20. *ff. de acquir. rer. domin.* Ibi: *traditio nihil amplius transferre debet, vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit.* Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert; si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert. *l. si noxale* 17. *in fin. ff. de noxal. act.* Ibi: *quia nullum ad actorem dominium transferre possunt, cum ipsi domini non sint.* Verum enim vero creditor soluta sibi a debitore pecunia, de qua convenit in transactione, nullas amplius actiones habet adversus debitorem, qui satisfecit, cum satisfactio pro solutione sit *l. satisfactio* 52. *ff. de solut. l. si rem* 9. §. *omnis ff. de pign. act.* ubi etiam monet Ulpianus, quod satisfactum accipitur, quemadmodum voluit creditor, etiamsi non sit solutum: sive pretium aliquod datum fuerit: quæ maxime huic causæ conveniunt. Quamquam de hoc ambigi non possit, quia convenit in transactione, ut soluta ea summa pecuniæ, resolveretur census, & omne jus creditoris extingueretur. Itaque sublata est, & extincta creditoris obligatio tum per ipsius conventionem, tum per satisfactionem debitoris solventis summam, de qua convenerat. Sublata autem obligatio & actio non potest amplius reviviscere *l. sancimus* 25. *vers. non enim debet C. de admin. tutor. l. Mævius* 66. §. 1. *ff. de leg.* 2. *l. qui rem suam* §. *aream vers. in perpetuum ff. de solut.* Nec potest adversus debitorem liberatum actio cedi *l.* 1. *C. de contr. tut. judic.* nec conveniri qui satisfecit. *l. si pupillus* 45. *ff. de admin. tutor.* Quomodo igitur cedet creditor actiones, si eas non habet?

45 Nec illud tacitus præterire possum, quin saltem strictim attingam. Etiamsi creditor actionem aliquam haberet, sed eam quæ exceptione potest elidi, tamen non posset obtinere contra fidejussorem opponentem exceptionem cedendarum actionum. Etenim non videtur cedere actionem, qui cedit actionem inutilem & inefficacem: quia nihil interest, quis actionem ipso jure non habeat, an eam, quæ exceptione potest infirmari *l. nihil interest* 112. *ff. de R. J.* Quocirca etiamsi exceptio esset personalis, veluti pacti personalis, tamen quia inutilis esset cessio fidejussori, propterea quod ipsum debitor repellere posset pacti conventi exceptione; idcirco repellere & ipse potest creditorem, hujusmodi cessionem offerentem. Nec poterit creditor cedere actionem liberam ab hac exceptione, cum non possit plus juris in eum transferre, quam ipsa habeat *l. nemo plus iuris* 54. *l. nemo plus commodi* 120. & *l. alius* 160. *in fin. ff. de R. J.* Quamobrem qui utitur mandatis actionibus, eo jure uti debet, quo is, cujus persona fungitur *l. emptor* 5. *C. de hæred. vel. act. vend. l. apud Celsum* 4. §. *de auctoris* 27. *ff. de doli mal. & met. except.* adeoque cum creditor repelli posset a debitore, si ab eo conveniretur, exceptione pacti, ergo eadem exceptione poterit repelli etiam fidejussor, qui utitur actione creditoris.

At, inquies, pactum personale est, 46
ideoque personalis est etiam exceptio, quæ ex eo nascitur *l. idemque* 25. §. 1. *ff. de pact.* Exceptiones autem personales, quæ obstant cedenti, non obstant cessionario, quia personam non egrediuntur, & fidejussori non prosunt *l. exceptiones* 7. *in princ. ff. de except. l. invitus* 156. §. *cum quis ff. de R. J. l. doli* 19. *ff. de novat.* Et quamvis obstet cessionario habenti causam lucrativam *l. apud Celsum* 4. §. *si quis autem* 29. *ff. de doli mal. & met. except.* & §. *auctoris* 31. *ibid. l.* 5. §. *penult. ff. eod.* tamen habenti causam onerosam ut in proposita quæstione, opponi non potest *d. l.* 4. §. *de auctoris* 27. & §. *si cum legitima* 28. *eod.* Sed

Google

Sed cavendum, ne verbi controversia nos torqueat. Ambiguum enim est hoc verbum *personalis*, quoniam aliquando refertur ad personam debitoris, aliquando ad personam creditoris: atque adeo utraque exceptio personalis dicitur, tam ea quæ cohæret personæ debitoris, quam ea quæ cohæret personæ creditoris. Si exceptio sit personalis quoad debitorem, hoc est, cohæreat personæ debitoris, utique soli debitori competit, nec ad alios transfertur: adeo ut nec hæredes debitoris ea uti possint, nec ejus fidejussores, ut est exceptio pacti personalis *d. l. nisi hoc actum* 22. *ff. de pact. & l. maritum* 12. *ff. sol. matrim. l. exceptiones* 7. *ff. de except.* ubi pleræque exceptiones personales referuntur. Ipse tamen debitor, cujus personæ cohærent, illis uti potest adversus omnes, a quibus conveniatur, easque opponere non solum agenti creditori, sed omnibus habentibus causam ab eo, adeoque etiam cessionario *l. quod ipsis* 143. *l. qui in ius* 177. *ff. de R. J.* Exceptio autem cohærens personæ creditoris, soli creditori opponi potest, quia nascitur ex vitio & qualitate propria creditoris, quæ non est communis habentibus causam ab eo. *l. apud Celsum* 4. §. *de auctoris & §. seq. ff. de dol. except.* Excipitur tamen is, qui ex causa lucrativa successit *d. l.* 4. §. *si quis autem* 29. item cum res est reversura ad ipsum auctorem *d. l.* 4. §. *idem tractat.* 30. Exempla autem harum exceptionum sunt in creditore exule vel excommunicato, qui ab agendo repellitur *c. intelleximus de iudic. c.* 2. *&c. exceptionem* 12. *de exception. c. decernimus de sentent. excom. in* 6. Alia omittimus, quia hoc ad nostram controversiam non pertinet, cum in ea agatur de exceptione cohærente personæ debitoris, de qua supra.

47 His ad normam rectæ rationis, & ad regulas juris probe & accurate perpensis, quid contra afferant sapientissimi judices, diligenter excutiendum. Afferunt autem multos DD. qui decidunt, posse creditorem cedere actiones fidejussori, cum id efficiat reservatio, per quam videtur convenisse inter creditorem & debitorem, ut possint cedi actiones, quod jam confutatum est. Doctores autem, quos afferunt, nihil ejusmodi dicunt. Neque enim agunt de fidejussore, sed de duobus reis, aut de tertiis possessoribus. In duobus reis est ratio longe dissimilis. Duo rei tenentur in solidum singuli §. 1. *instit. tit. de duob. reis l.* 2. *l.* 3. §. 1. *l. ult. ff. eod. l.* 2. *C. eod.* singuli sunt æque principales, & eadem obligatione obstringuntur, *l.* 2. *in fin. C. de duob. reis*, singuli in solidum possunt conveniri; actio enim contra singulos in solidum competit, *l.* 1. *C. eod.* & potest unus tantum ex illis conveniri electione creditoris, *l.* 3. §. *ult. ff. eod.* adeo ut nec a principe electio possit adimi creditori. *l.* 3. *in fin. C. eod.* Uno autem ex illis liberato alter manet obligatus, & quidem in solidum *l. ult. ff. eod. l. fidejussoris* 23. *ff. de pact.* uno enim exempto ab obligatione, integra & illæsa in altero consistit obligatio *d. l. ult. & l. Cranius* 71. *ff. de fidejuss.* nisi solutione, aut acceptione sublata sit obligatio *l.* 2. 3. §. 1. *ff. de duob. reis*, §. 1. *inst. eod. l.* 2. *in fin. C. eod. l.* 3. §. 3. *ff. de liberat. leg.* Vete. igitur statuunt DD. uno ex duobus reis per pactum liberato creditorem convenientem correum debere, ac posse ipsi actiones cedere; non quia de hoc convenerit tacite in liberatione, sed quia ipse retinet actionem, quam cedere potest. Retinet enim actionem adversus correum non liberatum, quia, ut diximus, altero exempto alter manet obligatus, & ideo jure potest eum convenire. Retinet actionem etiam adversus reum jam liberatum; tum quia per pactum non tollitur actio. §. *preterea inst. tit. de except.* tum quia quodammodo nomen debitoris videtur vendidisse, & ideo ha-

habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones, ut ait Paulus in *l. cum is 36 in fin. ff. de fidejuss. l. 2. C. de duob. reis*. Atque id hodie videtur de jure certissimum post *Novell. 99.* in qua jubet Imperator, inter duos reos dividi obligationem & actiones cedi. Et licet Cujac. & alii putent, ibi non agi de duobus reis, sed de fidejussoribus altera fidejussione obligatis, ut ibi ait Imperator; tamen a communi opinione non dissentio, ibi agi de duobus reis, quia & hi vice mutua fidejussores esse dicuntur a Papiniano in *l. reos 11. in princ. ff. de duob. reis*. Igitur quod *vice mutua* dixit Papinianus: *alterna fidejussione* dixit Imperator. Addo praeterea DD. in nostra decisione allegatos supponere reservationem factam fuisse praesente correo, qui propterea videtur eam approbasse. Gobius autem *cons. 41.* qui agit de duobus fidejussoribus, supponit, in facto liberatum fuisse unum ex fidejussoribus cum consensu, & renuntiatione ipsius debitoris. Ex quibus apparet, quam absurdum sit, nostram controversiam ejusmodi auctoritate decidere. Porro Rota post Merlin. *dec. 10. num. 10.* ubi agit de nostra specie, videlicet de reo principali per pactum liberato, ait obstare creditori exceptionem cedendarum actionum: & recte, ut supra est demonstratum.

48 Enim vero quae de correis sunt constituta, fidejussori, reoque principali haud quaquam conveniunt. Fidejussor enim & reus principalis non sunt aeque principaliter obligati; sed fidejussoris obligatio pendet ab obligatione debitoris principalis: ab ea sustinetur: ejus est accessio, *princ. tit. instit. de fidejuss. & § fidejussores 5. l. 1. l. generaliter 5. in princ. l. hi qui accessionis 34. ff. eod.* Liberato reo principali vel ipso jure, vel ope exceptionis, etiam fidejussor ipso jure, aut ope exceptionis liberatur, ut initio probavimus. Quoties fidejussor habiturus est regressum contra principalem quomodocumque liberatum, etiam ipse liberatur; & hoc supra est demonstratum. Nihil tale in duobus reis. Denique si creditor non possit cedere actiones efficaces fidejussori adversus principalem debitorem, non potest ab eo exigere pecuniam. In casu autem nostro nullas actiones cedere potest, quia nullas habet, ut diximus. Sibi autem imputare debet creditor, si cedere non potest actiones, cum suo facto eas amiserit *l. Stichum 95. §. penult. ff. de solut.* Nec factum creditoris ejusque pactum nocere debet fidejussori. *l. factum ff. de R. J. l. si tibi 17. §. pen. l. si unus 27. §. pacta 4. in fin. ff. de pact.* Nec potest ei adimere jus, quod habet petendi cessionem actionum. *§. ult. vers. dominorum inst. tit. de his qui sunt sui vel al. jur.* Ibi: *nec cuipiam hominum jus suum detrahi oportet*.

Superest auctoritas doctissimi Bartholomaei Chesii, qui solus agit de debitore principali, & fidejussore, de quibus & a nobis pertractatur. Hic *lib.
2. c. 22.* doctissime confutat Cujacium 49
& Fabrum: probatque, etiam fidejussorem petere posse a creditore, ut sibi cedant actiones, etiamsi habeat proprias actiones mandati. Idque verissimum est: omnis enim qui pro alio solvit, exigere potest a creditore, ut sibi cedat actiones adversus debitorem, quem solvendo liberat; etiamsi aliis actionibus possit experiri *l. si cum venderet 13. ff. de pignor. act. l. emptor 5.
C. de hered. vel act. vend. l. ex legato C.* 50
*de leg.* & passim in jure nostro. Illud satis probare non possum, quod ait *n. 13 & 14.* creditorem, qui pacto personali liberat debitorem, nolle ipsum omnino liberare, sed magis ei dilationem dare, cum velit eum ab ipso fidejussore conveniri posse impetratis a creditore actionibus: videtur enim voluisse, creditorem actiones cedere posse,

se. Praeterea ea, quibus hoc supra refutavimus; illud addo, quod etsi hanc praesumptionem, & tacitam voluntatem creditoris admittamus in nudo pacto, tamen ea non potest admitti in transactione, quam litigantes ineunt ad litem dirimendam, ut liberentur a molestia, incommodis, impensisque & incerto litis eventu *l. fratris tui* 10. *l. causas l. nec intentio. l. si majores l. quamvis C. de transact. l. post decisionem C. de furt.* non ut lis instauretur per cessionem actionum factam a creditore fidejussori, quod ne principali quidem rescripto fieri permittitur *d. l. causas* 16. Repugnat igitur naturae, finique transactionis & intentioni transigentium haec tacita voluntas, quam praesumunt, seu potius divinant.

Verum nec in simplici porest admitti, quod creditor voluerit potius dare dilationem debitori, quam eum liberare, reservata sibi facultate cedendi actiones. Posset enim creditor statim convenire fidejussorem, eoque ad solvendum parato cedere actiones, quibus statim compelleret debitorem ad solvendum. Ita nos docet Justinianus in *l. ult. C. de usur. rei iud.* ubi reprobat opinionem eorum, qui concedebant condemnatis inducias ad solvendum, easque denegabant fidejussoribus. Ait autem: *Cum enim interventor solvere compellebatur, & ipse reum coercebat ad invitam solutionem, nullum condemnatus habebat sensum nostrae humanitatis, quia per medium fideiussorem statim pecunias persolvere compellebatur.* Observa quaeso verba illa: *statim pecunias persolvere compellebatur*: nec non illa: *nullum habebat sensum nostrae humanitatis.* His funditus evertitur superior sententia.

51 At enim pactum in personam non prodesse fidejussori traditum est in *l. nisi hoc actum* 22. *ff. de pact.* Verissimum id quidem; sed considerandum, quomodo proficiat, & cuiquam prosit. Non alia certe ratione, quam ut nobis tribuat exceptionem pacti conventi, nec ultra vires suas extendit nudum pactum §. 3. *vers. qua de causa instit. tit. de except. l. iurisgentium* 7. §. *sed cum nulla & l. quod dictum* 32. *ff. de pact. l.* 5. *in princ. vers. atqui solemus ff. de liber. leg.* Nec aliud quicquam opis, ac beneficii, & auxilii pactum principalis debitoris affert fidejussori, quando ei prodest. *d. l. si quis* 5. *in princ.* Ibi: *pacti exceptionem fideiussori dandam d. l. quod dictum*, Ibi: *fideiussori competere exceptionem, & d. §. ult.* Ibi: *perinde succurrendum esse per exceptionem pacti.* Igitur prodesse pactum fidejussori nihil aliud significat quam ei dari, vel non dari exceptionem pacti conventi, quam sibi paciscendo acquisivit debitor principalis. Nec alia mens est J. C. in nostra *l. nisi hoc actum.* ibi enim quaeritur solummodo, quandonam exceptio pacti de non petendo quaesita reo principali prosit fidejussori. Ibi: *quatenus alii quoque prosit, vel noceat pacti exceptio*: quae verba licet sint legis antecedentis, tamen ea connexa sunt cum consequentibus, eademque periodo concluduntur. Quocirca verissimum est, quod pactum in personam non prodest fidejussori, hoc est, ut ibi explicat Ulpianus, *fideiussor exceptione non utetur.* Poterit igitur fidejussor conveniri a creditore, nec poterit eum repellere exceptione pacti conventi, quae cum ipso non communicatur, nec ea uti potest, nec ipsi prodest *d. l. & heredi* 21. *in fin. cum l. seq.* Quamvis autem ex persona fidejussor non acquirat pacti exceptionem; non propterea tamen amittit exceptionem cedendarum, quae ipsi non obvenit ex pacto de non petendo, cum quo nihil commune habet: sed ipsi datur a lege ad recuperandum a reo principali, quod pro eo solvit. Certissimo argumento est, quod eam habet, etiamsi nullum pactum interve-

nerit,

nerit, & quod eadem datur etiam iis, quibus non prodest alterius simul obligati pactum, ut confidejussores, contutores, correi.

Habes, amice charissime, meam de laudata decisione sententiam: probabilemne an secus, tuum judicium esto. Si volueris hæc omnia, quæ dixi, pragmaticorum auctoritate confirmari, volens lubens exequar. Superest modo, ut maximas tibi gratias agam, quod mihi dederis occasionem explicandi legem, quæ doctissimorum hominum torsit ingenia.

---

## CAPUT IX.

### *Ad L. qui balneum 9. ff. qui potior in pign. hab.*

### SUMMARIUM.

I *Conditio casualis & mixta in contractibus retrotrahitur.*
II *Non potestativa.*
III *In hereditate quæcumque conditio retrotrahitur.*
IV *Quoad dominium conditio retrotrahi nequit in contractibus.*
V *Secus est in legatis & hereditate.*
VI *An in legatis conditio retrotrahatur, magna dissensio.*
VII *Verius non retrotrahi quoad obligationem legati.*
VIII *In hoc legata differunt a contractibus.*
IX *Contractus conditionales statim perfecti sunt quoad factum, quidquid sit quoad juris effectus.*
X *Legata non sunt perfecta ante conditionis eventum.*
XI *Acquisitio legati non retrotrahitur.*
XII *Nec in pignore retrotrahitur conditio.*
XIII *Explicatur textus noster & n. XIV. XV. XVI.*
XIV *Cautio pro legatis necessario præstanda est.*
XV *Prælatio in pignore ejus, qui prins acceperat non est pignoris retrotractio.*
XVI *Prætor imitatur jus civile.*
XVII *Contrariis satisfit. & n. XVIII. XIX.*
XIX *Neque favore libertatis conditio in legatis retrotrahitur & n. XX.*
XXI *Rota Romana argumenta expenduntur & n. XXII. XXIII.*

*XXIV Et sententia Fufarii.*

EXplorati juris est, conditionem ca- 1
sualem vel mixtam in contractibus retrotrahi ad tempus celebrati contractus, perinde ac si ab initio extitisset, aut sine conditione initus fuisset contractus *l. potior* 11. §. 1. *ff. qui potior*: Ibi: *perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset*: *l. necessario* 8. *in princ. ff. de peric. & com. rei vend.* Ibi: *quasi jam contracta emptione in præteritum*. In contractibus enim initium spectatur *L. non omne* 144. §. 1. *ff. de R. J.* Quo efficitur, ut si filius vel servus sub conditione contraxerit, patri & domino acquiratur obligatio, etiamsi conditio extiterit posteaquam ille a patris potestate, hic a potestate domini liberatus est *l. si fil. fam.* 78. *ff. de V. O. l. quæ legata* 18. *in fin. ff. de R. J.* adeo ut etiamsi filius in emancipationis fuæ tempus: servus in alienationem vel manumissionem contulerit obligationem; nihilominus ea patri dominoque acquiratur *l. ult. ff. de stipul. servor.* Efficitur etiam, ut, qui contraxit sub conditione, sit potior in pignore, etiamsi conditio existat, postquam alteri fuit pignus obligatum *l. potior* 11. §. 1. *ff. qui potior in pignor. hab.* Hæc in conditione casuali vel mixta: in potestativa, hoc est, in ea, quæ pendet a potestate debitoris, secus est. In hac enim
spectatur tempus impletæ conditionis, 2
non vero contractus, ad cujus initium ea non retrotrahitur *l. penult. ff. quæ res pign. l. qui balneum* 9. §. 1. *in fin. l. potior.* 11. §. *Si colonus ff. qui potior.* Neque enim æquitas, aut juris ratio suadet, ut retro fingatur extitisse conditio, quam antea poterat debitor implere, si ante voluisset nasci obligationem. Non convenit, legem fingere, id factum fuisse, quod nos facere noluimus.

In hereditate quoque conditio retro- 3
tra-

Digitized by Google

trahitur, & in ea illud est singulare, quod retrotrahitur etiam conditio potestativa. Etenim heres quandoque adeat hereditatem, jam tunc a morte successisse intelligitur *l. heres quandoque* 54. *ff. de acquir. vel om. heredit.* quia hereditas neque ex die, neque ad diem dari potest *l hereditas* 34. *ff. de hered. instit* §. *heres pure inst. eod.* ne testator partim testatus, partim intestatus decedat, obstante juris regula in *l. ius nostrum* 7. *ff de R J.* Id exigit natura hereditatis, quæ universum jus defuncti complectitur *l. hereditas* 62. *ff. de R. J. l. nihil est aliud* 24. *l. hereditatis* 119. *l. bonorum* 208. *ff. de V. S. l.* 3. *in princ. & in* §. 1. *ff. de bonor. possess. l. hereditas* 50. *in princ. ff. de petit. heredit.* Quocirca etiam quoad acquisitionem dominii, fructuum atque omnium obligationum pendente conditione quæsitarum, retrotrahitur, *l. a Titio*, 64. *ff. de furt. l. legatum* 80. *ff. de leg.* 2. repræsentat enim personam defuncti *princ. tit. instit. de stipul. serv.*

4 Atque in hoc etiam differt a contractu, in quo non potest quoad dominium conditio retrotrahi, quia dominium traditione transfertur, non pactis & conventione contrahentium *l. traditionibus* 20. *c. de pact.* Itaque ante traditionem acquiri non potest. In hereditatibus quoque non acquiritur possessio bonorum hereditariorum aditione *l cum heredes* 23. *ff. de acquir. possess.* quia possessio apprehensione rei acquiritur *l.* 3, §. 1. *l. quemadmodum* 8. *ff. de acquir. possess.* quæ a lege non fingitur sicut in contractibus non fingitur traditio necessaria ad dominium acquirendum. Licet autem dominium ex naturali possessione coeperit, & per eam acquiratur *l.* 1. §. 1. *ff. eod.* tamen heres etiam non apprehensa possessione dominium acquirit, sicut etiam legatarius, quia in eos ab ipsa lege transfertur, & recta via a defuncto in eos transit ministerio legis *l.* 1. & 2. *ff de bon. possess. l. heres quandoque ff. de acquir. vel om. hered. l. omnis hereditas* 138. *l. omnis* 193. *ff. de R. J.*

5 In legatis pariter dominium retrotrahitur ad tempus mortis: nam si legatum agnoscat, ministerio legis in legatarium transit dominium rei legatæ; & quidem a die mortis dominus fuisse fingitur, quasi ea nunquam facta fuerit heredis, sed recta via a defuncto transiverit ad legatarium *l. legatum* 80. *ff. de leg.* 2. *l. a Titio* 64. *in fin. ff. de furt. l.* 1. *in fine ff. de public. in rem action.* Animadvertendum tamen est, quod tam in heredum institutionibus, quam in legatis id non fit virtute, & natura conditionis, cui proprie conveniat, ut retrotrahatur: sed ex natura hereditatis, & legati. Etenim etsi ea pure relicta fuerint, licet multum temporis intercesserit inter mortem, & aditionem hereditatis, vel agnitionem legati: tamen tam hereditas, quam legatum statim a morte testatoris ipsis acquisita finguntur, ut apparet ex laudatis legibus.

6 An autem etiam quod ad retrotrahendam conditionem legata sint dissimilia contractibus, & diverso jure censeantur, inter nostros est magna dissensio. Ipsum Rotæ Romanæ supremum tribunal in hac controversia variavit. Vetus Rota communem DD. sententiam secuta non retrotrahi conditionem sæpe definivit: recentior non Doctorum numerum, sed rationum momenta perpendens, ut ait, abiit in contrariam sententiam. Doctores autem contra sentientes statuit esse intelligendos de acquisitione dominii ac spe transmissionis. Utrumque a vero prorsus abhorret. Nam quoad acquisitionem dominii, conditio retrotrahitur, ut modo probavimus, & DD. non possunt intelligi de spe transmissionis, cum de hac solummodo non agant, de qua nulla est omnino controversia, sed generaliter etiam quoad alios effectus, & in specie etiam quoad hypothecam. Ego ut ingenue fatear, quod sentio, priori sententiæ libens accedo.

Quod

Digitized by Google

7 Quod conditio non retrotrahatur quoad obligationem legati, certissimi juris est. Nam in legatis puris statim a morte dies legati cedit. *l.* 5. §. 1. *ff. qu. dies leg. ced.* In legatis autem sub conditione nonnisi existente conditione dies legati cedit, hoc est nascitur obligatio. *d. l.* 5. §. *sed si sub conditione*. Neque hæc obligatio retrotrahitur, nam si retrotraheretur, transmitteretur ad heredes obligatio: fingeretur enim nata tempore mortis testatoris, vivo scilicet legatario, adeoque ad heredes transiret, sicut evenit in contractibus, ut antea demonstratum est. Evenit pariter in legatis, quoties ejusmodi est conditio, quæ per mortem legatarii impleatur. *l.* 4. §. 1. *ff. qu. d. leg. ced. l. Titio fundus* 73. *in fin. l. si ita legatum.* 103 *ff. de cond. & demonst.* Cum enim eodem momento, quo existit conditio, cedat dies legati; videtur cessisse vivo legatario, quia momentum, quo quis moritur, vitæ tribuitur, non morti, *l. qui duos* 18. §. 1. *ff. de manum. testam.* Quamobrem licet pendente conditione, qui contraxit, creditor fit; tamen legatarius conditionalis creditor non est. *l. is cui sub conditione* 42. *ff. de oblig. & act. Is, cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor: quamvis eum, qui stipulatus est sub conditione placet etiam pendente conditione creditorem esse.* Faciunt *text. in l. creditores* 10. *in fin. in l. conditionales* 54. *ff. de V. S.* Creditor conditionalis ex contractu impedit libertatem datam in fraudem creditorum contra Legem Æliam Sentiam: Legatarius conditionalis non item. *l. in fraudem* 27. *ff. qui & a quib. manum. lib. non fiant.* Creditor conditionalis ex contractu spem habet obligationis, & actionis, eamque spem ad heredes transmittit §. *sub conditione inst. tit. de V. O. l. conditionales* 54. *ff. de V. S.* Legatarius conditionalis, nec spem quidem habere videtur *l. conditionales* 54. *in fin. ff. de V. S. juncta l. is cui* 42. *ff. de oblig. & action.* certe nihil habet, quod ad heredes transmittat. *l. intercidit in prin.* 59. *ff. de condit. & demonstrat. l.* 4. *in princ. & leg. seq. in princ. juncto* §. *sed si* 2. *ff. quod. leg. ced.* Dies certo exititurus, & conditio pariter certo extitura non efficit in contractu creditorem conditionalem, etiamsi ignoretur, quando utrumque sit extiturum. *l. si pupillus* 9. §. 1. *ff. de novat. l. nam si* 17 *cum seq juncta l. in diem ff. de condict. indeb.* efficit tamen legatarium conditionalem. *l. heres meus* 78. *in princ. ff. de cond. & demonstr.* dummodo certum sit, extituram vivo legatario *d. l. heres meus* §. 1.

Torquentur interpretes in indaganda ratione diversitatis & differentiæ inter contractus & legata. Jason in *l. si is* 8 *qui pro emptore* 15. *ff. de usur. cap.* quinque diversas opiniones recenset. Ego, quantum existimare possum, ita sentio. Contractus facti magis, quam juris sunt. *l. consilio* 7. §. 3. *ff. de curator. fur.* Quod attinet ad factum, statim perfecti sunt usque ab initio, simul ac in contrahendo intervenerit utriusque contrahentis consensus, & alia, quæ ad substantiam, formamque cujusque contractus pertinent: ut verba in stipulatione, res in contractibus, qui re constant. §. *aliæ autem instit. tit. de donat. l. qui id quod* 33. §. *ult. ff. eod. l.* 1. *in fine l. in venditionibus* 9. *in princ. ff. de contr. empt. l.* 2. *in princ. l. in quibuscumque* 48. *ff. de oblig. & act. l. continuus.* 137. §. 1. *ff. de V. O. l.* 3. *in fin. C. de resc. vend.* & passim. Cum enim expleta est substantia & forma contractus, aut alius cujuscumque actus, non potest ipse non esse perfectus. Quod si contractui adjecta fuerit aliqua conditio; suspendit quidem illa obligationem & plerosque juris effectus in incertum eventum, ut est natura conditionis. §. *sub conditione*. 4. *instit. tit. de V. O. l. cum ad præsens* 37.

cum

9 *cum duab. seqq. ff. de reb. cred.* Cæterum nihil detrahit de perfectione contractus, qui ex se aptus est, & idoneus ad producendam obligationem, omnesque juris effectus, nisi impediatur conditionis incerto. Quantum ad juris effectus, aliquando contractus conditionalis dicitur imperfectus. *l. necessario. 8. in fine principii. ff. de peric. & comm. rei vend. & l. quod sæpe. §. in his & §. ult. ff. de contrah. empt. & in. l. 1. §. sed & custodiam. ff. de peric. & com. l. bovem. 43. §. si sub conditione. ff. de ædilit. edict. l. 1. ff. de donat. l. hæc venditio 7. in princ. ff. de contrah. empt.* Cum enim ipsis obstet impedimentum pendentis conditionis, non potest illos producere, quo fit, ut quod attinet ad illos effectus, contractus dici ac videri possit imperfectus: de reliquo contractus ab initio perfectus est quoad factum, & substantiam, ita ut nihil a contrahentibus agendum sit amplius ad ipsum perficiendum, & existente conditione sine ullo novo facto contrahentium producat omnes juris effectus. Existente igitur conditione, atque adeo sublata suspensione, ac remoto impedimento, statim nascitur obligatio non quidem ex eventu ipsius conditionis, sed ex pristina voluntate contrahentium expressa, & interposita secundum præcepta juris jam olim in actu contrahendi. Itaque recurrendum est ad tempus initæ conventionis, ex qua nata est obligatio remoto impedimento, quod ipsam suspendebat, & in incerto ponebat, & perinde haberi debet, ac si tum temporis nata fuisset, cum nata sit ex illis, quæ tunc acta fuerunt inter contrahentes. Etenim existens conditio nihil confert ad constituendam obligationem, sed solum tollit, quicquid erat incerti, unde suspensa detinebatur. Recte Pomponius in *l. sub conditione. 16. ff. de solut. Sub conditione debitori si acceptum feratur, postea conditione existente intelligitur jam olim liberatus: & hoc etiam si solutio re fiat, accidere Aristo dicebat.* Non potest intelligi jam olim liberatus, nisi fuerit jam olim obligatus. Et Scævola in. *l. ult. §. 1. versic. sed si ff. de vulg. sed si extiterit conditio, duæ puræ sunt*, & infra *vers. quippe.* Ibi: *quippe cum etsi extiterit conditio, duæ puræ sunt institutiones.* His efficitur, in contractibus spectandum esse tempus contractus, tum, cum in contrahendo gesta fuerunt omnia ad producendam obligationem comparata, ex quibus postea nullo contrahentium facto interveniente nata est obligatio. Illa enim ipsam pepererunt: illinc initium cepit obligatio: ex eo fonte dimanavit: Propterea retrotrahi debet conditio, quæ ipsam suspensam detinuit, & remorata est. Debet etiam spes ejus ad hæredes transire, mortuo ante existentem conditionem creditore: tum quia intelligitur obligatio initio contracta: tum quia contrahentes non solum sibi, sed etiam heredibus suis consulere voluisse censentur. *l. si pactum 9. in fin. ff. de probat.* Quamobrem creditor etiam conditionalis, dicitur creditor: neque enim debitor ulla ratione potest declinare obligationem, & a contractu recedere pendente conditione, quandocumque ea sit extitura.

Non ita res est in legatis. Ea enim 10 initio non sunt adeo perfecta & consummata, ut adstringant ulla necessitate vel testatorem, vel legatarium. Testator potest mutare voluntatem. *l. 1. C. de sacros. Eccl. l. quod si 4. ff. de adim. leg.* potest adimere, vel transferre legatum. *l. 3. §. ult. l. sicut 5. & toto tit. ff. de adim. vel transfer. leg. princ. tit. inst. de adempt. leg.* Legatarius neque voluntatem suam, neque censensum applicuit ad liberalitatem testatoris, & ignorat plerumque legatum sibi relictum fuisse, ac vivente testatore nihil omnino juris habet in legato. Mortuo vero testatore nemo tenetur & adstringitur ante aditam hæ-

hæreditatem; eaque non adita, vel quia noluerit heres, vel quia non potuerit adire, fit irritum testamentum §. *posteriore inst. tit. quib. mod. testam. infirm. l.* 1. *ff. de injust. rupt.* & legatum pro non scripto habetur. *l.* 3. *non modice, ff. de his, quæ pro non script. hab. l. si nemo* 9. *ff. de testam. tut. l. eam quam* 14. *C. de fideicom.* Ex persona quoque legatarii facile potest evenire, ut intercidat legatum veluti si ante eventum conditionis moriatur. *l. intercidit* 59. *in princ. ff. de cond. & demonstr.* moritur enim, antequam ei legatum debeatur. *l. legata* 41. *ff. eod.* & dies legati cedat *l.* 5. §. *sed si sub conditione ff. qu. dies leg. ced.* adeoque nihil ad heredem suum transfert. *d. l.* 5. *in princ.* nec spem quidem, quæ adeo inanis est, & incerta, & caduca, ut nec spem quidem habere dicatur, quam possit ad heredes transmittere. Idque ex natura legati, & ex voluntate testatoris: nam cum legatum sit donatio, quam testator confert in legatarium. §. 1. *inst. tit. de legat. l. legatum* 36. *ff. de legat.* 2. utique testator eam confert ob meritum legatarii, vel ejus remunerandi causa, vel amicitiæ ergo. *l. nec adjecit.* 9. *ff. pro soc.* quapropter in personam legatarii clausit benignitatem suam, eique soli consulere voluit, non heredibus ejus sibi ignotis, & forte etiam inimicis. Igitur si legatarius vivens non acquisivit legatum, nihil potest ad heredem transferre, non acquirit autem nisi eo vivente conditio existat. *l. si cum* 4. *ff. qu. d. leg. ced.* Existente autem conditione licet dies legati cedat, & nascatur obligatio legati, nihilominus tamen dubia est, & incerta legati acquisitio: potest enim hereditas debitis adeo atque oneribus esse obnoxia, ut legatariis nihil superfit: potest & legatarius repudiare legatum, invitus enim accipere legatum non tenetur. *l. nec emere C. de jur. deliber. l. invito ff. de R. J.* Igitur ut legatum acquirat, debet ipsum post existentem conditionem agnoscere, nec implendo quidem conditionem ipsam acquirit. *l. ei qui ita ff. de cond. inst.* Imo etsi ante eventum conditionis agnoscat, vel repudiet legatum, nihil agit. *l. si ita scriptum* §. 1. *ff. de legat.* 2. *juncta l. is potest* 18. *ff. de acquir. vel omit. hered.* Has de causis necesse fuit statuere contra, atque in contractibus est constitutum: scilicet ut legatarius pendente conditione non sit creditor: ut non transmittat spem adeo dubiam & incertam, ac prope nullam ad heredes; ut conditio non retrotrahatur.

Exposita ratione differentiæ, cæteras 1
modo persequamur. Quod attinet ad acquisitionem legati, pariter spectatur tempus existentis conditionis, eaque non retrotrahitur. Itaque si legatum sit ei, qui erat alienæ potestati subjectus, nihilominus sibi legatum acquirit, si conditio existat eo tempore, quo sui juris est. *l.* 5 §. *ult. l. si usufructus* 14. *in fin. D. qu. d. leg. ced. l. si uxorem* 5. *C. de condit. insert. l. si post mortem* 68. *ff. de leg.* 1. *l.* 2. §. *id quoque* 3. *ff. de collat.* ubi indicatur discrimen inter stipulationem & legatum conditionale, quoad collationem; & agitur de præjudicio tertii. Item qui post apertum testamentum fuit deportatus, aut in metallum damnatus, si tempore existentis conditionis fuerit restitutus, legatum acquirit, *l. eum qui* 104. *ff. de cond. & dem. l. Aristo* 46. *ff. de man. testam.* Non aliter si sui juris erat, & tempore existentis conditionis sit alienæ potestatis, acquirit ei, cujus juri subjectus est existente conditione *d. l. si usufructus* 14. *in fin.* At ne favore quidem libertatis conditio retrotrahitur, & in ea etiam spectatur tempus existentis conditionis *l. postliminium* 19. §. *si statu liber* 6. *ff. de captiv. & postlim. rev.*

Superest causa pignoris. Nec in ea 2
qui-

quidem retrotrahitur conditio, ut docet Paulus in *l. si legati* 28. *ff. de pignor.* species ejus legis hæc est. Legatum erat filiosam. sub conditione. Pater exegit cautionem ab hærede, & pro securitate legati rem propriam hæredis pignori accepit: conditio extitit tum cum filius sui juris esset. Respondit Paulus, quod neque pater potest pignus vindicare, neque filius. Non pater, quia existente conditione coepit legatum deberi filio, qui sui juris est, non patri, cujus potestati subjectus non est. Non filius, qui nunc coepit habere actionem, *nec ex præcedenti tempore quicquam juris habet in pignore.* Constat igitur, conditionem pignori adjectam non retrotrahi: inest enim pignori conditio ipsius legati *l.* 1. §. *ult. D. ut legat, nom, cav.* si conditio retrotraheretur, utique & obligatio & actio patri acquireretur, & posset pignus vindicare, in quo ipse jus haberet, ut evenit in contractibus *l. si filiusfam.* 78. *ff. de V. O. l. quæ legata in fin. D. de R. J.* Nec aliter potest evenire, nam pignus & fidejussor sequuntur naturam & conditionem principalis obligationis, cui accedunt, & cui adhærent, ita ut ab ea nunquam fere disjungi queant *l. cum principalis* 178. *D. de R. J. c. accessorium* 42. *de reg. jur. in* 6. adeoque non potest esse obligatus fidejussor aut pignus antequam debeat reus principalis *l. fidejussor.* 57. *ff. de fidejuss.* Et ad rem nostram optime Paulus in *l. quidam* 132. §. *ult. ff. de V. O.* & in *l. si debitori* 47. *ff. de fidejuss.*

13 Sed contrarium omnino respondisse videtur Africanus in *l. qui balneum* 9. §. *sed etsi hæres ff. qui pot. in pign. Sed etsi hæres ob ea legata, quæ sub conditione data erant, de pignore rei suæ convenisset, & postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedit, ac post conditio legatorum extitit; hic quoque tuendum eum, cui prius pignus datum esset, existimavit.* En pignoris obligatio, quæ retrotrahitur ad tempus contractus in legatis, quemadmodum in contractibus, de quibus idem Africanus in antecedenti paragrapho.

Hanc difficultatem nostri declinant. Ego dicam, quod sentio. Agit hic Africanus de pignore conventionali. In conventionibus autem conditio retrotrahitur, ut paulo ante demonstratum est. Atqui, inquies, pignus accessit legato, ejusque conditionem, & naturam induere debet *l.* 1. §. *si quis sub conditione* 14. *ff. ut legat, nom. cav. l. cum legatorum* 8. *ff. eod.* Ita sane, nisi aliquid obstet, quo fiat, ut propriam naturam 14 debeat retinere. Cautio pro legatis præstanda, est satisdatio necessaria. Præcipitur enim a prætore, & quidem ea severitate, ut, si non caveatur, legatarius mittatur in possessionem omnium bonorum hæreditariorum *l.* 1. §. & 2. *l. si ex causa* 4. *l. ei quoque* 15. & *ubique ff. ut leg. nom. cav. toto tit. ff. & C. ut in possess. legat.* Imo Imperator Antoninus his ex causis etiam bona propria hæredis possideri posse rescripsit *l. certa* 6. *C. ut in possess. legator. l. is cui* 5. §. *Imperator* 16 *cum seqq. ff. eod.* Hæc autem satisdatio, ut pote prætoria, fidejussores desiderat *l. prætoriæ* 7. *ff. de prætor. stipul.* Potest tamen etiam omisso fidejussore pignus dari, si pignore contentus fuerit legatarius *l. ult.* §. *si legatarius ff. quod legator.* quamvis id fit contra naturam prætoriæ stipulationis *d. l.* 7. Sed in hac satisdatione prætor obsecundat legatario, quem solum intendit tueri. In nostra *l. qui balneum* 9. legatarius pignus acceperat, vel in gratiam hæredis de jure suo recedens, vel quia se magis tutum credidit. Profecto iniquum esset permittere, ut hæres eludat legatarium, eumque fraudet dando pignus alteri; simulque fraudem faciat prætoris edicto. Largitas enim legatarii, ut sit ei damnosa, plane iniquum est *l. sed si quis* 7. *vers. & sit iniquum ff. testam. quemadm. aper.* Iniquum pariter est, fraudare

dare edictum prætoris ejusque providentiam, qua sollicite consuluit legatariis *l. fraus* 30. *ff. de leg. l. justissime* 44. *ff. de ædil. ed. l. si quis* 33. *§.* 1. *ff. ad l. Jul. de adult. l. si in fraudem* 9. *C. de legat. l. Imperator* 50. *ff. ad S. C. Trebell.* Cum igitur non debeat esse in potestate hæredis, fraudare atque eludere legatarium, qui tempestive accepto pignore sibi consuluerat, *l. penult. in fine, vers. ne in potestate ff. ad Leg. Falcid.* prætor legatarium tuetur in pignore, quod prius acceperat, adversus eum, cui postea fuit obligatum. Eadem ratione præfert posteriori creditori legatarium, qui prius prætorium pignus obtinuit *l. is cui* 5. *§. qui prior. ff. ut in possess. legat.* Dubitari autem non potest, eum, qui rem a se legatario prius obligatam, alteri postea obligat, fraudem facere, & dolum committere: obstringitur enim crimine stellionatus *l. tutor* 16. *§.* 1. *l. si quis* 36. *§.* 1. *ff. de pignor. act.* quod crimen sine fraude ac dolo non committitur *l.* 3. *§.* 1. *ff. stellionat.* Ad rem nostram optimus textus in *l.* 1. *& l.* 4. *C. de crim. stellion.* Porro æquum non est, ipsum de sua improbitate & dolo præmium ferre, & lucrum sperare *l.* 1. *in princ. ff. de dolo malo l.* 1. *§.* 1. *ff. de doli mali except. l. ita demum* 51. *ff. de recept. arbitr. l. itaque* 12. *§.* 1. *l. cum qui* 14. *§. is autem ff. de furt. l. si ab hostibus* 10. *in fine ff. solut. matrim. c. intelleximus* 7. *de judic.*

15 Nec obstat, quod, ut diximus, hæc satisdatio, legati conditionem sequatur *l.* 1. *§. si quis sub conditione* 14. *ff. ut legat. nom. cau.* ac propterea si non retrotrahitur legatum, nec pignus possit retrotrahi. Etenim non retrotrahitur obligatio pignoris, sed prætor tuetur eum, qui prius accepit pignus, eumque præfert posteriori. Pignoris causa tota pendet a jurisdictione prætoris, qui ex solo pacto dat actionem hypothecariam *l. contrahitur* 4. *ff. de pignor. l.* 1. *in princ. ff. de pign. act. juncto §. item Serviana* 7. *instit. tit. de action. & l. pignoris* 17. *ff. de pignor.* quod de jure civili neque obligationem neque actionem produceret *l. juris gentium* 7. *§. sed cum nulla l. si tibi* 17. *§.* 1. *ff. de pact.* Prætor igitur tuetur in pignore legatarium, qui prior pignus accepit, eumque præfert posteriori, cum existente conditione appareat pignus a legatario rite contractum fuisse, quia pignoris obligatio etiam futuræ obligationi potest accedere, & principalem obligationem præcedere *l. res hypothecæ* 5. *ff. de pignor. l. grege §. penult. ff. eod.* Quamobrem cum & rite contractum sit, & prius, pro priore, & anteriore a prætore habetur, nec ipsi præfert posterius pignus, quod circumscribendi prioris creditoris causa, qui jam sibi consulto caverat, postea contractum est. Nimirum prætor in hoc se- 16
cutus est, & imitatus jus civile, ut solet *l. scio* 14. *ff. de testib. l. cum sponsus* 12. *§. si res ff. de public. in rem act. l. factam* 63. *§. si sub conditione ff. ad S. C. Trebell.* Jus civile, si servus, aut filius contraxerit sub conditione, cum manumissus fuerit, aut emancipatus, idque dolo malo fecerit, statuit obligationem domino, patrive acquiri, perinde ac si pure contracta fuisset, cum erant in potestate, ne præbeat occasionem servis, ac filiis eludendi potestatem, cui subjecti sunt, & in fraudem dominorum ac parentum ita semper, aut frequenter stipulari *l. ult. ff. de stip. servor.* Moderatur enim huic regulæ de retrotrahenda conditione jus civile, prout ratio, & æquitas postulat. Non absimile & quidem elegantissimum exemplum proponit Africanus in *l. quidam* 46. *ff. de hæred. inst.* Titius filiumfam. sub conditione emancipationis instituere volens, id ipsi communicavit. Filius veritus, ne forte pater offenderetur, Titium rogavit, ut Cajum amicum suum institueret, eumque juberet sibi eman-

Digitized by Google

emancipato hæreditatem restituere. Titius Cajum instituit, sed de restituenda hæreditate filio emancipato non rogavit: forte quia sciebat Cajum cum filio de hoc convenisse. Cajus mortuo testatore nolebat hæreditatem adire, aut aditam emancipato restituere recusabat. Quærit Africanus, an cogi possit, & qua actione, & an actionem habeat pater, an filius. Respondit, cogi posse actione mandati, cum de restituenda hæreditate a filio rogatus fuisset, & ea actione ipsum filium agere posse, non patrem. Est hoc contra regulam traditam in *l. filiusfam.* 78. *ff. de V. O.* Mandatum contractum est a filio, dum erat in potestate patris, ergo existente conditione emancipationis patri debet acquiri obligatio, & actio mandati: ita sane dictat proposita regula: sed bona fides & æquitas non patitur, ut contra voluntatem defuncti pater ejus hæreditatem consequatur. Idcirco cum filio detur actio ex æquitate, quæ ipsi non competeret stricto jure, non directam, & vulgarem, sed utilem actionem habet: directa enim patri competeret, nisi repugnaret voluntas testatoris. Fallitur hic Accursius, qui ait non esse hic contractum. Satis ipsum confutant illa Africani verba: *cum a filiofam. rogaretur amicus, & aditurum se hæreditatem recepisset, & restituturum.* An hæc verba non continent mandatum, & quidem expressum? *l.* 1. *in princ. & in §. item si & toto tit. ff. mandati.* Nec est, quod nos turbet ac torqueat *L. si mandatum* 22. *§. fugitivus* 9. *ff. mand.* quam huic legi opponit Accursius: nam ibi servus manserat in potestate domini, & ideo domino quæsita est actio *§. item vobis instit. tit. per quas person. cuique acq. l. acquiruntur.* 10. *§.* 1. *l. etiam invitis* 32. *ff. de acquir. rer. dom. L. quemadmodum* 46. *ff. de iur. dot.* Aliud exemplum proponit Africanus in fine ejusdem legis de filiofam. qui fidejussit, & post emancipationem solvit:

Huic etiam datur utilis actio mandati ad repetendum, quod solvit: scilicet datur ex æquitate: directa enim stricto jure danda esset patri, in cujus potestate erat filius, quando contraxit, sed hic non spectatur tempus contractus, sed solutionis, quo coepit jus exercendæ hujus actionis. Non absimile exemplum affert Papinianus in *l. si debitori* 47. *ff. de fideiuss. Filiusfam ita fidejussorem accepit: quantam pecuniam credidero, fide tua esse jubes?* & emancipatus credidit. Fidejussor non patri obligatus est, sed filio *humanitatis intuitu*, filioque datur actio utilis: quæ ab Ulpiano dicitur actio *in factum* in *l. si vero* 12. *§. si filiofam.* 6. *ff. mandati.* Propius ad rem nostram accedit Pomponii responsum in *l. si a te* 10. *ff. ut legat. nom.* Titius hæres legatario conditionali satisdederat: mortuus est; antequam adiretur ejus hæreditas, extitit conditio legati: fidejussor legatario tenetur, & conveniri potest, licet nondum quisquam sit hæres, cui fidejussoria obligatio innitatur, & qui ex principali obligatione possit conveniri. Fidejussori pignus comparatur in *l. si ex legati* 28 *in fin. ff. de pignor.* Propterea etiam pignus post existentem conditionem perinde habetur ac si prius fuisset obligatum, ne sit in potestate hæredis fraudare legatarium, & edictum prætoris eludere supplantando legatarium ope Prætoris præsidioque munitum.

Hactenus de pignore. Sunt & alia 17 argumenta, quibus confici videtur, etiam in legatis retrotrahi conditionem, quæ confutare oportet. Occurrit primo responsum Papiniani in *l. fundo legato* 4. *ff. ad Leg. Falcid. si hæres, a quo mihi legatum est sub conditione, ea pendente me hæredem instituat, ac postea legati conditio existat, fundus non jure hæreditario, sed legati meus esse intelligitur.* Ergo existens conditio retrotrahitur; prævalet enim titulus legati, qui prior est, si spectetur tempus mor-

tis

tis primi testatoris, titulo hæreditatis, qui postea supervenit.

Respondeo prævalere, & potiorem esse titulum legati titulo hæreditatis, non quia prior sit, sed quia potentior est, cum legatum habiturus fuisset legatarius, etiamsi hæres non fuisset institutus. Proinde non debet ei in Falcidiam imputari.

Etenim extra causam bonorum defuncti computantur, quæ quis habiturus esset etiam alio hærede existente, ut docet Paulus in *l. sequens quæstio 68. ff. de legat.* 2. Licet enim pendente legati conditione res sit in dominio hæredis, tamen existente conditione, de dominio hæredis eximitur, & fit legatarii *l. & post litem* 12. §. *ult. ff. famil. ercisc.* Omnia enim, quæ ab hærede facta sunt, evanescunt existente conditione legati *l. si fundum* 105. *ff. de cond. & dem. l. grege* §. 1. *ff. de pignor. l. Seja legato* 69. §. 1. *ff. de leg.* 1. *l. is cui* 11. §. 1. *ff. quemadm. servit. amit.* Ergo res sub conditione legata interim hæredis est, existente autem conditione ad legatarium transit *l. arboribus* 12. *alias l. si fur* 13. §. *ult. ff. de usufr.* nisi dicamus, interim in suspenso esse, an res sit hæreditaria, quod innuere videtur in fine ejusdem legis Ulpianus: & facit ad rem *l. in ratione* 11. §. 1. *ff. ad Leg. Falc.* Op-
18 ponit Accursius *l. cui res* 29. *ff. de act. empti.* Ibi: *cui res sub conditione legata erat, is eam imprudens ab hærede emit: actione ex empto poterit consequi emptor pretium, quia non ex causa legati rem habet.* Hæc lex concivit turbas apud veteres interpretes. Res est expeditissima, atque illinc nulla turba. Qui rem sibi sub conditione legatam emit imprudens ab hærede: aut rem emptam accepit, & pretium solvit, aut non accepit: Si rem accepit soluto pretio; utique eam habet ex causa emptionis, non ex causa legati, cujus conditio nondum extitit. Existente autem conditione, cum alienatio ab hærede facta revocetur, & fiat irrita *l. servo legato* 69. §. 1. *ff. de leg.* 1. *l. ult.* §. *sin autem sub conditione C. commun. de legat.* non habet amplius ex causa emptionis, quæ jam est irrita, sed ex causa legati, ex qua ipso jure transfertur dominium *l. legatum* 120. *ff. de legat.* 2. *l. a Titio* 64. *ff. de furt. l.* 1. *in fin. ff. de public. in rem act.* Itaque cum nulla sit emptio, poterit emptor pretium, quod causa emptionis solverat, actione ex empto recuperare, & rem ex causa legati retinere *d. l. cui res.* Quod si rem non acceperit, potest agere ex testamento, eamque ex causa legati consequi, adeoque si hæres venditor agat ad pretium actione ex vendito, absolvendus erit, quia rem non habet ex causa emptionis *l. hujusmodi* 84. §. *qui servum ff. de legat.* 1. Si vero pretium solverit, & rem non acceperit, actione ex testamento rem legatam consequetur: actione ex empto pretium solutum recuperabit *d.* §. *si servum versic. quod si pretio.* Rursus si agens actione ex empto cum pretium solverit, compererit, rem emptam sibi fuisse legatam, & ad eam consequendam agat ex testamento; non aliter hæres absolvi debebit, quam si & pretium restituerit, & rem legatam actoris fecerit *d.* §. *vers. quod si judicio.* Licet enim ab initio actione ex empto rem petierit, tamen resoluta emptione propter legatum, actio ex empto ad pretium recuperandum dirigitur, & actio ex testamento ad rem legatam obtinendam. Potest tamen etiam ad pretium, quod ipsi abest, agere ex testamento, si rem fuerit ex causa emptionis consecutus *l. plane* 34. §. *quod si rem ff. de leg.* 1.

Secundo potest opponi *l. Neratius* 7. 19
*ff. de manum. testam.* Testator his verbis servo libertatem dedit: *si mihi nullus filius erit, cum moriar, Stichus liber esto*: si posthumus nasci speretur, & non nascatur, Stichus retro liber fuisse videtur. Quidam hujus legis aucto-

ritate

Digitized by Google

ritate perculsi existimarunt, in legato libertatis retrotrahi conditionem: atque id, ut est natura Doctorum, ut nunquam, ubi constiterunt, pedem figant, ad legatum pium produxerunt. Sed falsissimum est, in legato libertatis trahi retro conditionem. Hac in re deterioris conditionis est aliis legatis. Aliorum legatorum dies cedit a morte testatoris, nec diei cessioni moram facit aditio hæreditatis *l. si post diem* 5. §. 1. & *l. hæredis* 7. *in princ. ff. qu. d. leg. ced.* Dies legati libertatis non cedit, nisi ab adita hæreditate; imo & dies legati servo cum libertate relicti *d. l. hæredis in fin. cum leg. sequ. ff. qu. d. leg. ced.* §. *Si peculium, inst. tit. de legat.* In cæteris legatis spectatur tempus mortis, in hoc tempus aditæ hæreditatis, *d.* §. *si peculium, & l. denique* 8. §. *ult. ff. de pecul. legat.* quia non potest acquiri servo ante libertatem, & libertas ei non competit, nisi a die aditæ hæreditatis, *l. nam cum libertas* 8 *ff. quando d. leg. ced.* Quod autem ad legatum conditionale libertatis, satis constat pendente conditione statu liberum esse servum, *l. statu liberum* 9. *in princ. ff. de statu liber. l. & post litem* 12 *in fin. ff. fam. ercisc. l. statu liberum* 11. *in princ. ff. de legat.* 2. *l. edictum* §. *ult. ff. de quæst. l.* 1. §. *servi ff. de S. C. Syllan.* & a cæteris servis nihilo pene differunt tam quoad actiones tum ex delicto, tum ex negotio gesto contractuque provenientes, quam quoad publica judicia *l. statu liberi* 29. *in princ. ff. de statulib.* & quod conditio non retrotrahatur certissimo argumento est, quod si statulibera pepererit, partus est heredis servus *l. statulibera* 16. *ff. eod.* & quod statuliberi peculium crescit, ac decrescit usque ad tempus libertatis, & ad ipsum accessio pertinet, ac decessio *l. si hæreditas* 28. *in fin. ff. eod. l. pen.* §. 1. *ff. de pecul.* Nam si traheretur libertas retro ad tempus mortis, peculium ab illo tempore neque cresceret, neque decresceret, quia spectandum esset, quid foret in peculio tempore mortis *d. l. penult. in princ. l. denique* §. *fin. ff. de pecul. legato* §. *si peculium inst. tit. de legat.* Neque statuliberæ filius servus esset, quia si retro fingatur extitisse conditio, ex libera natus erit *l. apud hostes* 9. *l. in bello* 12. §. *ult. cum leg. seq. l. postliminium* 19. §. *Si statuliber vers. diversum ff. de capt. & postlim. rev.*

Hisce præmissis ad *d. l. Neratius* 7. respondetur, quod cum ex post facto apparuerit, mulierem non fuisse prægnantem; apparuit, etiam nullum filium fuisse testatori eo tempore, quo mortuus est, & ideo ab eo tempore Stichus liber fuit. Licet enim ignoraretur an mulier utero gereret; adeoque ignoraretur etiam, an extitisset conditio; tamen ex post facto apparet, ventrem vacuum fuisse, & retro extitisse conditionem, eaque existente Stichum retro liberum fuisse, quia per rerum naturam certum erat mulierem non esse prægnantem quamvis id non appareret, & a nobis ignoraretur. *Quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint*: ut ait de conditionibus de præsenti, & de præterito Justinianus in §. *conditiones* 6. *de V. O. l. si ita stipulatus fuero* 120. *ff. eod. l. cum ad præsens* 37. *ff. de reb. cred.* sicut igitur qui in utero est, quo ad ejus commodum & favorem pro jam nato habetur *l. qui in utero* 7. *ff. de stat. hom.* ita favore libertatis, qui non nascitur, nunquam in utero fuisse intelligitur; ut indicant verba illa in fine legis: *quod magis arbitror probandam.*

Concludamus igitur. Si ne favore qui- 22
dem legatæ libertatis trahitur retro conditio: multo minus aliorum legatorum favore. Imo nec manifesta æquitas id efficit, ut retro trahatur conditio adjecta legatis. Nam edictum Prætoris de collatione bonorum manifestam habet æ-

quita

quitatem, ut ait Ulpianus in *l. 1. in princ. ff. de collat. bon.* & tamen in ea non retrotrahitur conditio legati, sed tantummodo stipulationis *l. 2. §. id quoque 3. ff. eod.*

21 Superest, ut examinemus fundamenta contrariæ decisionis. Primum autem statuit hoc: Rotam in diversitate opinionum, non tam moveri numero Doctorum, quam rationibus. Recte quidem, si id semper observaret. Rationes autem duas affert. Prima est, ne sit in potestate heredis eludere legatarios. Bella sane ratio, nisi huic jam olim obviam ivisset Prætor edicto suo, quo providentissime consuluit legatariorum securitati, ut paulo ante demonstratum est. Provisum etiam ab Antonino Imperatore, ut refert Ulpianus *in l. 5. §. Imperator & §. seqq. ff. ut in possess. legat.* Provisum a Justiniano in *l. 1. c. com. de legat.* & in duabus LL. *seqq.* ubi multa singularia statuit favore legatorum dando legatariis tacitam hypothecam in omnibus bonis testatoris, & tres actiones, personalem, rei vindicationem, & hypothecariam, adeo ut nullus fere alius sit in jure novo creditor, cui magis fuerit a lege prospectum. Quamobrem leges calumniatur, qui hoc ait: in potestate heredis esse legatarios eludere, si conditio non retrotrahatur.

22 Altera ratio ducitur a Justiniani constitutione in *l. 1. c. comm. de legat.* ubi Imperator legatariis tres illas actiones concedit, ut omnibus modis voluntati testatoris satisfiat. Hæc autem provisio testatoris impleri non potest, nisi per nativitatem hypothecæ de tempore testamenti, ut inde oriatur actio. Hoc sane novum est & inauditum, conditionem retrotrahi ad tempus testamenti, & eo tempore nasci obligationem, & actionem. Quod conditio trahatur retro ad tempus aditæ hereditatis, vel mortis testatoris, & tum temporis nascatur obligatio; id quidem absonum est naturæ legati legumque præceptis: quod retrotrahatur ad tempus conditi testamenti, & inde nascatur obligatio, id vero est absurdissimum.

Sed verba legis expendamus. Si enim testator ideo legata vel fideicommissa reliquit, ut omnimodo persona ab eo honoratæ ea percipiant, apparet ex ejus voluntate, etiam præfatas actiones contra res testatoris esse instituendas, ut omnibus modis voluntati ejus satisfiat. Quid hæc ad retrotrahendam conditionem? verba, omnimodo, omnimodis, omnibus modis, idem cuncta significant. Testator vult *omnimodo* legata relicta percipi a legatariis. Justinianus vult *omnibus modis* satisfieri voluntati testatoris. Ergo Justinianus nihil amplius vult, quam ipse testator: & verba illa *omnibus modis* nihil addunt voluntati testatoris. Fortius, quia Imperator movetur ad concedendam hanc hypothecam, tum exemplo aliarum constitutionum, quibus inducta est tacita hypotheca in aliis causis; tum exemplo testatorum, quibus jure permittebatur, quibus voluissent in testamentis hypothecam dare. Ibi: *in versic. cum enim.* In legibus, quæ cuiquam tribuunt tacitam hypothecam in aliis causis, nihil quicquam tale: concedunt illæ tacitam hypothecam, aut simplicem, aut cum prælatione: prælatio autem nunquam data intelligitur, nisi fuerit in lege nominatim expressa.

Testatoribus a jure, quod jam increbuerat, permissum erat, hypothecam in testamento dare, sed quod possent contra leges, contra naturam legati mandare, ut conditio, quam adjecerant, retrotraheretur, nusquam sane concessum *l. nemo potest, ff. de leg. 1.* Imo raro occurrunt exempla pignoris in testamento constituti, nec constituti in omnibus bonis, sed tantum in uno, vel pluribus fundis, ex quibus alimenta legata perciperet legatarius, ut in *l. Lucius Titius 22. ff. de alim. legat.* in *l. fundus 9. ff. de ann. legat.* Itaque licet testatoribus 23

totibus hæc facultas duorum Imperatorum rescriptis esset data *l. non est mirum 26 ff. de pign. act.* tamen ea facultate raro admodum utebantur, existimantes, satis cautum fuisse legatariis Prætoris edicto. Justinianus autem, cum testatores raro sibi suisque legatariis hac ratione caverent, concessit omnibus legatariis hypothecam in omnibus bonis hereditariis, ut omnimodo, vel omnibus modis ipsorum securitati provideret. Sed de retrotrahenda conditione ne quidem cogitavit. Hoc enim cum sit contra regulas juris, omnino ab eo fuerat exprimendum: & cum non fuerit expressum, veteribus regulis relictum intelligitur *l. præcipimus 32. in fine c. de appellat.* quod enim non mutatur, quare stare prohibetur? *l. Sancimus 27. in princ. c. de testam.* Maxime quia Imperator hanc constitutionem accurate exquisiteque scripsit, eamque conformem aliis legibus esse diligenter ostendit. Notandum est etiam, quod tres illas actiones conjungit, & de omnibus simul collectis idem disponit. Numquid ergo rei vindicatio retrotrahetur ad tempus testamenti: quo tempore certum est, quod rei legatæ dominus est ipse testator. Erunt igitur ejusdem rei duo domini in solidum, quod est penitus absurdum *l. si ut certo 5. §. ult. ff. commod.* sed rem conficiunt ultima legis verba: *in tantum hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit*: sed personalis actio competit adversus heredem a die existentis conditionis *l. si post diem 5. §. sed si sub conditione 2. ff. quand. d. leg. ced.* ergo & hypothecaria.

24 Sed instat acriter *Fusar. de substit. quæst. 612. & consil. 52.* exaggerando vim illorum verborum, *omnibus modis*, quæ omnem casum comprehendunt. Ad hoc supra responsum est. Nunc addo, verba, *omnimodo* vel *omnibus modis* non referri ad retrotrahendam conditionem, sed ad modos, quibus aut testator sibi cavere solebat, de quo supra dixerat, aut lex legatariis consulere. *Omnibus modis*: hoc est, sive testator ipse obligaverit bona sua legatariis; sive non obligaverit: ut innuit in verbis antecedentibus, & traditum est in *l. fundus 9. ff. de ann. legat.* ubi pignus prætorium concurrit cum pignore a testatore constituto. Hi duo casus sufficerent ad rectam eorum verborum interpretationem, ut constat ex *l. rem legatam 18. ff. de adim. legat. l. si mater 33. §. ult. ff. de vulg. l. plane 38. in fin. ff. de petit. hered. l. si quis 29 ff. de fideic. libert. l. mancipia 8. ff. qui sine man. ad lib. l. 3. §. 1. vers. quia in locato ff. naut. caup. l. ex ea 29. in fin. qui testam. fac. pos.* Sed in hac lege plures alii casus possunt iis verbis comprehendi: sive heres satis dederit, sive non: sive missus fuerit in possessionem, sive non: sive legatum fuerit ab herede, sive a legatario. Enim vero si verba illa extendi ad omnem securitatem debent, consequens est, eos in hac actione creditoribus esse præferendos, cum tamen ne chirographariis quidem præferantur, vel in ipso militis testamento. *l. 1. §. denique ff. ad S. C. Trebell.* Justinianus in hac lege non distinguit legatarios conditionales a puris: omnibus idem jus tribuit simplicis hypothecæ sine ulla prælatione, ut certius satisfiat voluntati testatoris. Testator minus dilexit legatarios conditionales, quam puros: neque enim eos voluit omnimodo, & absolute consequi legatum: id si voluisset, non adjecisset conditionem; nec in incertum contulisset: adjecta conditione voluit legatum moderari secundum naturam conditionis adjectæ; hoc est, non deberi, si deficiat: deberi, si existat, sed a die existentis conditionis, ut fert ejus natura. Hæc est voluntas testatoris, quam omnimodo voluit impleri Justinianus.



Sed

Sed urget iterum Fusarius: retrotrahitur conditio quoad vindicationem *l. fin §. An autem sub conditione c. com. de legat.* Datur vindicatio, ergo & hypothecaria. Falsa omnia. Non retrotrahitur conditio; sed Imperator, cum permiserit alienationem propter incertum conditionis, statuit existente conditione, irritam esse alienationem ab initio, quasi nec scripta, nec penitus fuerit celebrata. Ipse fatetur *vers. 7.* non retrotrahi conditionem; sed irritari venditionem; irritata autem venditione per eventum conditionis, tunc nascitur vindicatio, & hypothecaria, non autem a die mortis; nam si legatarius fuisset dominus rei tempore mortis, & ab eo tempore habuisset rei vindicationem, non comprobasset venditionem rei legatæ Imperator, sicut paulo ante improbaverat venditionem rei pure vel in diem certum legatæ, ea ratione, quia quod alienum est, non licet alieno juri applicare: & quod in bonis pure non possidet, in alium transferre.

## CAPUT X.

### *Ad L. 3. ff. de reb. credit.*

### SUMMARIUM.

I *Duæ in mutuo quæstiones præcipuæ.*
II *Pecunia nonnunquam ut corpus, plerumque ut quantitas consideratur & n. III.*
III *Corpora a pecunia numerata distinguuntur, imo sæpenumero opponuntur.*
IV *Pecunia in mutuo consideratur, ut quantitas & æstimatio & n. VI. & XI.*
V *Mutuum pecuniæ in quo differat a mutuo specierum.*
VII *Alia moneta pro alia reddi potest, nisi damnum passurus sit creditor. & num.* XVII. *per tot.*
VIII *Liberatur debitor solvens æstimationem ejus, quod debet.*
IX *Ideo debitor pecuniæ in genere, ut mutuatarius, liberatur solvendo æstimationem.*
X *Pondere auri vel argenti legato, non materia, sed æstimatio legata est. Contra si certa species designata sit.*
XI *Numeratio non designat, quæ monetæ species in obligationem deducatur. Exempla afferantur & n.* XII. XIII. XIV.
XII *Tributa in ære vel argento indicta poterant solvi in pecunia ejusdem æstimationis, & n.* XIII.
XIV *Exponitur l. quæ extrinsecus 65. §. 1. ff. de verb. obl. & n.* XV. XVI.
XVII *Creditor in aliam formam nummos accipere cogitur, si nullum ex ea re damnum sentiat.*
XVIII *Quod sub conditione affirmatur, sub contraria negatur. Demonstratur vis argumenti a contrario.*
XIX *Refellitur Larrea dec. Granat. 21. & n.* XXI. XXIII.
XX *Reprobatur Amaya in tit. c. de collat. ep. lib. 10.*
XXI *Explicatur L. 2. C. de cond. infert. & n.* XXII. XXIII.
XXIV *Explicatur regula:* aliud pro alio solvi non potest.
XXV *Item regula, quod in mutuo restituenda est res ejusdem generis, ac bonitatis.*
XXVI *Pecunia in mutuo non consideratur ut corpus.*
XXVII *Quod moneta proba reddenda sit in mutuo, non efficit, ut alia reddi non possit.*

IN mutuo æque bonum reddi debet, sive id a contrahentibus exprimatur, sive non exprimatur, *l. 3. D de reb. cred.* & tantumdem *l. prout quidque 80. D. de solution.* Hinc duæ existunt perobscuræ quæstiones: ambæ circa pecuniam numeratam. Prima est, an in alia moneta reddi possit, quod acceptum est, dummodo sit ejusdem æstimationis, & tantumdem valeat. Altera est, an debeat reddi tantumdem corporis, an vero tantumdem æstimationis, si creverit, aut decreverit valor monetæ. In prima disceptatur, an pro aureis, quos mutuos accepi, reddere possim denarios, an contra pro denariis aureos. In secunda, an acceptis centum aureis, totidem reddere debeam, etiam si creverit eorum æstimatio. 1

Antequam in disceptationem ingrediamur, operæ pretium est præmitte-

re

re id, quod lumen præpandit utriusque quæstionis explicationi. Est autem id, quod pecunia numerata duobus modis
2 in jure nostro consideratur. Aliquando, & hoc quidem raro, consideratur ut corpus, ut materia, non aliter ac reliqua corpora. Plerumque vero, imo fere semper consideratur ut quantitas, & ratione æstimationis, non autem corporis in obligationem deducitur. Hujusmodi differentia in *l. si is cui* 94. §. 1. *D. de solut.* Ibi: *sive in pecunia non corpora cogitet, sed quantitatem.* Ratione corporis in obligationem nummi deducuntur in deposito, cum ex ipsa depositi natura asservandi sint, & custodiendi, eademque corpora a depositario restituenda *l.* 1. §. *is quoque D. de oblig. & act.* adeoque si deponatur tamquam quantitas, ut tantumdem, non idem corpus restituatur, egreditur ea res depositi notissimos terminos, ut ait Paulus in *l. Lucius* 24. *D. depositi*. Secundo si pecunia numerata certo loco circumscripta, aut conclusa veniat in obligationem, ut si legaverit aliquis *centum quæ in arca habeo*: *l. plane* 34. §. *Sed hoc ita* 4. D. *de leg.* 1. vel stipuletur *hanc summam centum aureorum*. *l. si ita stipulatus* 120. *D. de V. O.* Tertio si pompæ vel ostentationis causa vel tamquam merces aliqua deducatur in obligationem; ut de commodato pecuniæ respondit Ulpianus in *l.* 3. *in fin.* & Cajus *in l.* 4. *D. commod.* & de usufructu veterum numismatum Pomponius in *l. numismatum* 28. *D. de usufr.* His casibus nec tantumdem reddi potest; nec alia species monetæ: Sed illud ipsum pecuniæ corpus, quod accepimus, restituere tenemur.

3 Cæterum in omnibus aliis obligationibus pecunia numerata fungitur vice æstimationis, ac pretii: nec in ea consideratur corpus, sed valor, & publica æstimatio. Idcirco in jure nostro distinguuntur corpora a pecunia numerata: imo sæpenumero inter se opponuntur *l. plane* 34. §. *Sed si non corpus D. de legat.* 1. *l. quisquis* 95. *D. de leg.* 3. *l. si is cui* 94. §. 1. *D. de solut. l. sed etsi* 10. *D. de accepti l. si pœnæ* 19. §. *si falso l. qui heredis* 46. *D. de condict. indeb.* Quemadmodum in tessera frumentaria non corpus ligni, vel plumbi, quo constat, spectamus: sed quantitatem frumenti, quod per eam exigi potest *l. Titia* 87. *D. de leg.* 2. Item in chirographo nulla ratio habetur tabulæ vel chartæ, in qua perscriptum est nomen debitoris, sed ipsius nominis, & obligationis, & actionis, quæ ex eo nascitur *l. qui chirographum* 59. *ff. de leg.* 3. *l. servum* 44. §. *eum qui ff. de leg.* 1. *l.* 3. §. 1. *D. de liberat. leg. l. mortis causa* 18. §. *Titio D. de mort. caus. donat. l.* 2. §. 1. *D. de pact.* Eleganter ad rem nostram Paulus in *l.* 1. *in princ. D. de contrah. empt. Electa materia est, cujus publica, ac perpetua æstimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis subveniret: eaque materia forma publica percussa, usum dominiumque non tam ex substantia præbet, quam ex quantitate: nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur*. Scite, Aristot. *lib.* 5. *de morib. cap.* 8. καὶ διὰ τοῦτο τοὔνομα ἔχει νόμισμα, ὅτι οὐ φύσει, ἀλλὰ νόμῳ ἐστὶ, καὶ ἐφ' ἡμῖν μεταβαλεῖν καὶ ποιῆσαι ἄχρηστον. *Atque ob id nomisma græce dicitur, quod non natura, sed lege valet, & in nostra potestate ipsum tum mutare, tum inutile reddere*, Νομος enim græce *lex*. Inde dictum *numum* nonnulli arbitrantur: Sed Varro *lib.* 4. *de ling. lat.* nos docet a Siculo verbo νȣ̃μμον latinos ita appellasse. Quid si Siculi nummum a numismate dixerint? Subdit Aristoteles, quod numisma redigit ad æqualitatem res omnes, atque omnes metitur, omnes etiam dispares, ac dissimiles æxequat: & id ipsum quod Paulus inculcat, nummos æqualitate dif-

ficultatibus permutationum subvenire, in quibus vix justitia servari potest, nisi pecuniæ æstimatione ad æqualitatem redigantur.

4 In mutuo igitur sicut in aliis fere omnibus contractibus pecunia intervenit non tamquam corpus, sed tamquam quantitas ratione valoris & æstimationis. Argumento est, quod non illa ipsa pecunia, quæ data est, reddi debet, quemadmodum solvi deberet, si tamquam corpus in obligationem deducta fuisset *l. sed si certos* 51. *ff. de legat.* 1. Item quod perit periculo debitoris §. 2. *instit. tit. quib. mod. re contr. oblig. l.* 1. §. *& ille ff. de obl. & act.* periret autem periculo creditoris, si tamquam corpus veniret in obligationem *l. si certos* 37. *ff. de V.O.* At inquies: etiam aliæ res, frumentum, vinum, oleum deducuntur in mutuum ratione quantitatis, non corporis: cum mutuum consistat solummodo in his rebus: quæ numero, pondere, mensurave constant, hoc est, in quantitate: hæ enim solæ functionem recipiunt, non vero corpora *l.* 2. §. 1. *ff. de reb. cred. l.* 1. §. *re* 2. *ff. de obl.*

5 *& act.* Ita sane. Verum hoc interest inter pecuniam numeratam, aliasque res, quæ functionem in genere suo recipiunt, frumentum, vinum, oleum, quod hæ in mutuum deducuntur ratione quantitatis, non vero ratione æstimationis: quod enim plus, minusve valeant, nihil ad mutuum: solummodo numerus, pondus, mensura consideratur, spectaturque, quis numerus modiorum, amphorarum, metretarum, quod pondus laridi, carnis, & aliarum ejusmodi rerum, quæ mutuæ dantur. Contra pecunia nummique ratione non solum quantitatis, sed maxime æstimationis in mutuum deducuntur. Quantitas enim in pecunia est ipsamet æstimatio. Hac enim de causa fuit inventa, ut res omnes per eam æstimarentur, & ad æqualitatem reducerentur, ut probavimus Pauli nostri, & Aristotelis auctoritate. Pecuniæ constans est, & certa semper æstimatio, utpote quæ a lege definitur. Aliarum rerum incerta est & semper varia, ut pote quæ pro caritate, aut vilitate annonæ modo pluris, modo minoris æstimantur. Æstimantur autem non invicem, sed solummodo pecunia. Neque enim frumentum vino, aut vinum oleo æstimatur: nec æstimari potest, nisi utriusque pretium ad certam pecuniæ summam reducatur, atque ita ad æqualitatem redigatur. Quocirca pecunia est rerum æstimatio, & quidem certa & immutabilis, neque arbitrio, aut affectione contrahentium augeri, minuique potest: ac nulla res præter ipsam est alterius æstimatio. Consequens igitur est, solum 6
pecuniam numeratam ratione suæ æstimationis mutuam dari. Atque hoc indicat Paulus in laudata *l.* 1. cum ait ipsam usum, dominiumque non tam ex substantia præbere, quam ex quantitate: eamque non tamquam mercem in contractum deduci, sed tamquam pretium.

Jactis hisce fundamentis, quæ nullius auctoritate convelli possunt, utrius- 7
que quæstionis controversia mihi videtur esse sublata: Quantum ad primam attinet, certissimum puto, aliam pro alia monetam, nummos æreos pro argenteis, argenteos pro aureis, & vicissim unos pro alteris reddi posse, nisi ex ea re damnum passurus sit creditor. Ut puta si aliquod fuerit intertrimentum pecuniæ, veluti collybus, vel si eam alio transportare destinaverit, ubi minoris æstimatur: vel sine incommodo, aut dispendio nequeat eo transferri, *l.* 4. §. *melior ult. ff. de addict. in diem.* Quomodocumque damnum pariatur, non tenetur creditor in aliam formam nummos accipere *l. debitorem* 99. *ff. de solut.* Hoc tamen damnum æstimari debet ex detrimento rei familiaris, non ex affectione creditoris, ut fieri solet in

in jure nostro *l.3.ff.de damn.infect.l.pretia rerum 63. in princ. ff.ad l. Falcid.*

8 His probatis, & animadversis, consequens est, liberari debitorem, qui in aliam formam nummos reddit creditori. Nam ex probatis, qui debitor est pecuniæ numeratæ, & solvit eamdem æstimationem in pecunia numerata, solvit id quod debet, cum non sit debitor corporis, sed æstimationis nummorum. Atqui debitor, qui solvit id, quod debet, liberatur ab obligatione *princ. tit. instit. quib. mod. toll. oblig. l. si pupillus 21. ff. ad leg. Falcid. l. in numerat. 44. ff. de solut.*

Quod autem debitor, solvendo eamdem æstimationem, solvat id, quod debet, præter ea, quæ paulo ante sunt demonstrata, probatur etiam ex *l. Titiæ amicæ 35. ff. de aur. & arg. leg.* Ibi: *Paulus respondit, aut aurum ei, de quo quæritur, præstari oportere, aut pretium auri, quanti comparari potest. l. 1. in fin. ff. de aur. & arg. leg. cui certum pondus argenti dare heres jussus sit, pecuniam numeratam dando ipso jure liberatur, si in ea pecunia eadem æstimatio sit.* & in *l. cum aurum 19. §. 1. ff. eod.* Ibi: *non materiam, sed pretium præstare debet*, & in *l. si quis argentum 35. in princ. C. de donat.* Ibi: *sive in ipsa æstimatione, quæ pro massa rudi in illis locis frequentata est.* In his omnibus observandum est, quod non solum pro auro, & argento præstatur pretium & æstimatio, eaque præstita debitor ipso jure liberatur, sed etiam quod non præscribitur debitori, ut pro auro legato præstet pecuniam auream, pro argento argenteam: cum enim liberetur præstando æstimationem & pretium, in quacumque specie pecuniæ id solvere potest, dum æstimatio pecuniæ, quam solvit, eadem sit, quæ auri, & argenti. *d. l. 1. in fin.* Ex quibus ita concludi potest. Si ille, qui debitor est massæ rudis argenti vel auri, solvendo ejus æstimationem in quacumque pecunia, solvit id quod debet, & ipso jure liberatur, multo magis liberabitur ille, qui pecuniam debet, eamque in genere, ut mutuatarius, *l. 2. §. 1. ff. de reb.cred.* Qui debet aurum vel argentum rude non signatum, potest solvere argentum signatum vel aurum, ergo multo magis, qui debet aurum, vel argentum signatum. Accedit, quod legato auro vel argento, quidquid auri argentique relictum sit, legato continetur, sive factum, sive infectum, non autem pecunia signata. *l. cum aurum 19. in princ. ff. de aur. & arg. leg.* Ergo pecunia signata, pro auro, & argento facto infectove non habetur: & tamen pro eo recte solvitur. Multo magis igitur pecunia signata, pro pecunia signata recte solvetur.

Neque reponas, quod pro auro vel argento pecunia recte solvitur, si non sit ejus species designata. *l. cum certum 9. ff. eod.* in mutuo autem semper species designatur facto ipso, si non verbis: nam ex ipsa numeratione pecuniæ, quæ in mutuo interveniat necesse est, constat, quæ species pecuniæ in obligationem deducta sit[1]. Etenim ipsa legis verba nobis suggerunt, quod re geramus: ibi: *non materia, sed pretium*: Cum certum auri, vel argenti pondus legatur, non materia, sed pretium & æstimatio legari videtur *d. l. 8. l. 1. in fin. ff. eod.* Contra cum certa species designatur, materia non pretium legatum est. *d. l.1. & l 9.* Cum enim legatur certa species auri vel argenti, corpus ipsum auri argentique, quod designatum est, legato continetur. Quoties autem in obligationem deducitur certum aliquod corpus, illud ipsum præstari debet, etiam si fuerit pecunia numerata, ut ante demonstratum est. Fac legatum fuisse argentum factum, ut in *l. cum certum 19.* alias *l. 20. §. argento facto*, vel vasa ar-

gen

gentea, ut in §. *sed cui vasa*: vel argentum escarium, ut in §. *si cui escarium*, vel argentum potorium, ut in *l. in argento* 21. *in princ. ff. eod.* vel argentum viatorium, vel balneare, ut in *l. ult. in princ.* & in §. 1. *ff. eod.* Cum legato contineatur solummodo ea species argenti, quod testator habebat, cum testamentum faciebat *l. cum certum* 19. *in princ.* & *l. ult. in princ. ff. eod.* utique legatum videtur certum illud corpus argenti, quod testator designavit, quemadmodum cum legat pecuniam, quam in arca habet *l. si servus* 108. §. *qui quinque* 10. *l. Sed si certos* 51. *l. plane* 34. § *sed hoc ita* 4. *ff. de leg.* 1. & ideo inutile est legatum, si desit certum illud corpus, quod testator designavit *l.* 1. §. *sed*
11 *etsi dotem ff. de dote præleg.* In mutuo autem pecunia numerata non ratione corporis, sed quantitatis intervenit, ut supra probatum est: neque numeratio designat, aut demonstrat certum corpus, ac speciem, ita ut ad eam ipsam restituendam mutuatarius obligetur: imo contra ex natura mutui non potest obligari ad restituendum id ipsum, quod accepit: non enim mutuum contraheret, sed depositum vel commodatum *l.* 2. *in princ. D de reb. cred.*

12 Progrediamur ultra: Controversiam dirimit Seneca, *lib.* 6. *de benefic. cap.* 5. *Nam & pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos*. Nihil clarius, atque id legibus nostris est consentaneum. Plin. *lib.* 33. *cap.* 3. *sed præter alia equidem miror populum Romanum victis gentibus in tributo semper argentum imperasse, non aurum. Excipe Cyprum & paucas alias, quibus tributum in ære imperatum.* Licet autem in ære, vel argento indiceretur, tamen pro ære, vel argento aureos ejusdem æstimationis solvere poterant. *l. un. C. de collat. ær. l. un. C. de argent. pretio* quæ non ideo latæ sunt ab Imperatoribus, ut provincialibus permitterent, quod ipsis antea id minime liceret: sed ut statuerent, quanta auri summa pro ære, vel argento indicto solvenda esset: ut constat tum ex utraque rubrica *de collatione æris*, & *de argenti pretio*; tum ex utraque lege, si accurate perpendantur. Nam & antea in aliam formam solutio fieri poterat: ideoque Neronis acerbitas objurgatur, quod nummum asperum, argentum pustulatum, aurum obryzum exegerit, ut in ejus vita refert Sueton. *cap.* 44. non tamen ait, quod pro nummis aureis argenteos, aut pro argenteis aureos accipere recusaverit, sed monetam recentem, non usu detritam, aut commixtam aliis metallis solvi voluit: nihilominus tamen plerique omnem collationem palam recusarunt. Liv. *lib.* 38. *in edit. Paris.* 1682. *De pecuniæ summa quam penderent, pensionibusque ejus,* 13
*nihil ex eo, quod cum Cos. convenerat, mutatum. Pro argento si aurum dare mallent, darent, convenit: dum pro argenteis decem, aureus unus valeret.* Non erat hic aureus Romanus, qui pro viginti quinque denariis valebat: sed aureus Ætolorum seu Atticorum. Hujusmodi igitur solutio commoda erat Ætolis, qui propriam suæ regionis monetam solvebant: incommoda Romanis, qui alienam accipiebant: ac propterea id pacto cavere oportuit. Stipendia quoque militaria licet in argento, aurove constituerentur, tamen in ære solvebantur, ut probat doctissimus Gronovius *de pecun. vet. lib.* 3. *cap.* 2. *in fine.*

Senecæ dictum confirmat Florentinus 14
in *l. quæ extrinsecus.* 65. §. 1. *ff. de V. O.* Verba Florentini sunt: *sed etsi in rei, quæ promittitur, aut personæ appellatione varietur, non obesse placet: nam stipulanti denarios, ejusdem quantitatis aureos spondendo obligaberis: & servo stipulanti Lucio domino suo, si Titio, qui idem sit, daturum te spondeas, obligaberis*. Multa in hac lege sunt observanda. Primum, quod qui pro

pro denariis promittit aureos, non rem ipsam variat, sed solum rei appellationem, quemadmodum si de persona Lucii Titii tractantes, alter Lucium nominet, alter Titium, non variatur persona, sed appellatio. Ergo & qui solvit aureos pro denariis, non aliud solvit, sed id ipsum quod debet; nulla enim varietas est in ipsa re, aut differentia: quemadmodum recte solveret, qui cum esset debitor Lucii, solveret Titio, qui idem sit ac Lucius: licet alteri, quam creditori non recte solvatur. *l. si duo rei* 128. *ff. de V. O. l. si vero.* 8. *cum seq. ff. de constit. pecun.* est enim eadem persona licet nomen sit variatum: non aliter ac si interroganti latine, tu graece respondeas. §. 1. *instit. tit. de V. O.* verbis enim discrepans est, sententia congruens responsio.

15 Secundo, quod licet Florentinus agat de stipulatione, tamen ratio, qua movetur, generalis est, & mutuo aeque convenit, ac propterea id etiam de mutuo dictum existimare debemus. *l. illud quaesitum.* 32. *ff. ad l. Aquil.* Hac enim in re simillimum est mutuum stipulationi contrahendae: ut contrahatur stipulatio, debet promissor respondere se daturum, facturumve id, quod est interrogatus. *l. stipulationum.* 5. §. *stipulatio. ff. de V. O.* ut mutuum recte contrahatur, debet mutuatarius obligari ad restituendum id, quod accepit. *l.* 2. *princ. & in* §. 1. *in fin. ff. de reb. cred.* Si congruit interrogationi responsio, cum interrogatus de denariis spondet aureos, utique congruit etiam traditioni restitutio, cum ei, qui denarios tradidit, aurei restituuntur. Imo multo restrictius a lege praefinitur convenientia interrogationis, & responsionis in contrahenda stipulatione, quam traditionis, ac restitutionis in mutuo; quoniam si responsio adjiciat aliquid vel detrahat interrogationi, nulla contrahitur obligatio. *l.* 1. §. *si quis simpliciter cum seq. ff. de V. O.* §. *praeterea instit. tit. de inut. stipul. l. inter* 83. §. *si stipulante* 2. *ff. de V. O.* contra in mutuo ejus restitutioni locus adjici potest. *l. aut mutua* 6. *ff. de eo quod cert. loc.* dic., *l. vinum.* 22. *vers. si dictum esset*, & *l. certi condictio* 9. *ff. de reb. cred.* qui etiam non adjectus tacite inest. *l.* 2. §. *re contrahitur*: Ibi, *postea recepturi. ff. de obl. & act.* & alia hujus generis. Rursus siquis stipuletur aliquam speciem, non potest promissor de alia respondere, & aliam diversam promittere: multo minus stipulanti vinum vetus poterit promittere vinum novum; neque enim responsio continetet id ipsum, quod interrogatio, *d. l.* 5. §. *stipulatio ff. de V. O.* Contra in mutuo non sumus recepturi eandem speciem, quam dedimus. *l.* 2. *in princ. ff. de reb. cred.* nec aliud pro alio solvere videtur, qui aliam speciem solvit. *d. l.* 2. §. 1. & quod possit mutuatarius pacisci, se redditurum vinum novum, licet vetus acceperit: & qui accepit triticum Africanum, possit ex conventione Gallicum reddere, non est dubitandum: quia licet mutuatarius si nihil cautum fuerit, id egisse intelligatur, se redditurum aeque bonum. *l. cum quid* 3. *ff. de reb. cred.* tamen si contrarium cautum fuerit, id servandum erit: neque enim confugere debemus ad praesumptam ac tacitam voluntatem, cum habemus expressam *l. ille, aut ille* 25. §. 1. *ff. de leg.* 3. Quinimo mutuum valere puto, si ea lege vinum detur, ut acetum reddatur, scilicet vinum, quod acuit, non autem embamma; quia eadem prope substantia est. *l. in venditionibus.* 9. §. *ult. ff. de contrah. empt.* Largius igitur aestimamus conjugationem & congruentiam restitutionis in mutuo, quam responsionis in stipulatione.

Tertio, quod quamvis JC. proponat 16 exemplum ejus, qui promittit aureos pro denariis; tamen idem dicendum, si quis stipulanti aureos, promittat ejusdem quantitatis denarios; eadem enim

cit

est omnino ratio; quia & hic appellatio, non res variatur. Ideo autem stipulantem denarios proponit, quia in contrahendo, & rationibus conficiendis Romani pecuniæ summam aut nummis sestertiis, aut denariis exprimere solebant, ut in *l. Publia* 26. §. 1. *ff. depos.* in *l. lecta* 40. *ff de reb. cred.* in *l. ult. ff. de instit. act. l. plane.* 21. *ff. de condict. Indeb.* Quod & in tributo indicendo usurpasse Romanos miratur Plinius, ut paulo ante indicavimus. In poenis infligendis aureos imperitare solebant, ut in *l. penult. ff. de in jus voc.* in. *l.* 2. *D. in jus voc. ut eant* in *l. lege* 15. *D. de S. C. Syllan* in *l. un. C. ad leg. Jul. de ambitu.* Ita & Hadrianus Imperator servos jussit aureos viginti domino solvere, si vellent retinere libertatem, quam ex falsis codicillis acceperant, vel ex testamento, quod inofficiosam postea pronuntiatur *l. pen. in fin. D. de jur. patron. l.* 2. *C. de fideicomm. libert. l. cum ex falsis.* 47 *D. de manum. testam. l. si autem* 9. *D. de inoff. testam.* secus autem responsum est in *l. si mulier D. de minor.* quia ibi libertatem acceperant ex testamento valido:

17 His observatis, hujus legis auctoritate reor omnem dirimi controversiam.
Sed præsto est Paulus, qui rem minime
dubiam facit apertissimam in *l. creditorem* 99. *D. de solution.* alias l. *debitorem. Creditorem*, inquit Paulus, *non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquod passurus sit.* Ergo si nullum damnum passurus sit, cogendus est in aliam formam nummos accipere: atque hoc est,
quod defendimus. Est hoc fortissimum
18 argumentum teste Papiniano, cujus auctoritatem minutis quibusdam Doctoribus, eorumque cavillationibus longe antepono. Ait hic in *l.* in *princ. vers. hujus rei ff. de offic. ejus cui mand. est jurisd. Hujus rei fortissimum argumentum, quod lege Julia de vi nominatim cavetur, ut is, cui obtigerit exercitio, possit eam si proficiscatur, mandare: non aliter itaque mandare poterit, quam si abesse experit.* Hoc fortissimo argumento Jurisconsultorum Princeps Papinianus, hoc eodem & nos nitimur. Argumentum ratio ipsa confirmat. Qui affirmat aliquid sub conditione, idipsum tacite negat deficiente conditione. Qui legat, aut promittit aliquid: *si navis ex Asia venerit*: nihil omnino legat, nihil promittit, navi ex Asia non veniente. In verbis ipsis tacite inest contraria conditio ex perspicua voluntate proferentis. Labeo & Javolenus in *l. quibus diebus* 40. §. *quidam ff de cond. demonst.* Ibi: *quia nihil interfit, utrum ita scribatur: quas pecunias cuique legavi, eas hæres meus, si mater mea moritur, dato: an ita; nisi mater mea moritur, ne dato. Utrobique enim sub conditione vel datum, vel ademptum esse legatum.* Labeo & Javolenus in hac lege reprobant contrariam Ofilii sententiam. Quidni & ego reprobem sententiam eorum, qui acutis quibusdam cavillationibus vim hujus argumenti conantur eludere? In eadem sententia fuit Scævola in *l. aliquando.* 107. *vers. ex diverso ff. eod.* Ibi: *quod sub conditione ademptum est, sub contraria conditione datum intelligitur.* Idem traditum a Juliano in *l. si legatum* 10. *ff. de adim. leg.* Ibi: *nam legatum cum sub conditione adimitur, perinde est ac si sub contraria conditione datum esset.* Idem in *l. si quis ita* 13. *in fin. ff. de statuliber.* Ibi: *namque ademptio libertatis vel legati sub conditione facta, incipit contrariam conditionem legato, vel libertati, quæ prius data erat, injecisse.* Gajus in *l. si post mortem* 68. §. *si pure ff. de leg.* 1. *si pure legatus servus sub conditione liber esse iussus fuerit, sub contraria conditione valet legatum.* Multo longius progreditur Javolenus in *l. pecuniam.* 36. *ff. de reb. cred. si pecuniam, quam mihi pure debes, mea voluntate alteri sub conditione promiseris, in eo sta-*

*ftatu eft obligatio, tamquam fi eam mihi fub contratria conditione fpoponderis.* In his legibus duo animadverto. Primum, quod hæc regula fine exceptione fervatur ab omnibus veteribus JC. ad interpretationem legum, contractuum, ultimarum voluntatum: ac ne favore quidem libertatis ab ea recedunt. Secundo, quod hæc contraria conditio non eft innixa conjecturis, neque argumentis inducitur, fed ex ipfa fcriptura, quæ hanc vim habet, & ex verbis teftatoris, aut cujufvis alterius, qui eam fuæ difpofitioni injecit, ut ait Julianus in laudata *l. fi quis ita* 13. *ff. de ftatulіber.*, *& hac conditione dedit, aut ademit perinde ac fi nominatim eam adjeciffet d. l. quibus diebus* 40. & *d. l. fi legatum* 10. Quocirca hic non opus eft, confugere ad argumentum a contrario fenfu, ut plerique omnes faciunt. Quoniam ea eft natura, ea vis conditionis, ut excludat omnes alios cafus præter eum, qui ponitur in conditione, eaque deficiente nihil actum, aut dictum effe videatur. Nam conditio in cafum differt, ac fufpendit obligationem §. *fub conditione inft. tit. de V. O.* eoque cafu non exiftente perimitur obligatio, & perit actus. §. *conditiones inftit. eod. l. conditio.* 100. *ff. de V. O. l.* 3. §. *fi tamen.* 13. *ff. de bon. libert.*

I Superiora argumenta multo fufius expofui, ac dilatavi, quam ftatus controverfiæ poftularet, quia docti quidam viri legum verba cavillantur, ut fe ab his laqueis expediant. Joan. Baptifta Larrea, vir apprime doctus, *Decif. Granat. difp.* 31. *n.* 11. auctoritate Pauli in laudata *l. creditorem* 99. *ff. de folut.* probat contrariam fententiam, & affert ipfa legis verba: *non effe compellendum creditorem, in aliam formam pecuniam accipere*: prætermittit autem verba fubfequentia: *Si ex ea re damnum aliquid pafsurus sit.* An non hoc eft cavillari? fane hanc cavillationem diceret Ulpianus fecundum *l. natura* 177. *ff. de V. S.* Ad hunc modum poffet Davidis auctoritate probari non effe Deum. Ait ille: *dixit infipiens in corde fuo: non eft Deus.* Expunge prima illa verba: *dixit infipiens in corde fuo*, fupereft, *non eft Deus.* Ergone David docuit, non effe Deum? Apage ifta. Horret animus. Sed nolim hoc vitio vertere tam docto viro: fuderit hæc incuria typographi. Nec allata legis verba funt defcripta fideliter; fit & hic error typographi, non repugno. Attamen idem Auctor ineptam ac prope falfam decifionem affingit Paulo, fupponens conveniffe, ut eadem fpecies monetæ redderetur. Quorfum requireret damnum in creditore Paulus, fi ex fua conventione debitor teneretur ad folvendum nummos ejufdem formæ? Addit, quod argumentum a contrario fenfu locum non habet, quando illud, ex quo defumitur, augmentative ducitur, ut probant DD. per text. *in l. conventicula C. de cond. infert.* Hæc lex nufquam exftat in *tit. C. de condit. infertis.* Sed in tit. *de Epifc. & Cleric.* eaque nihil ad rem noftram pertinet. Conventicula illicita etiam extra Ecclefiam in privatis ædibus celebrari prohibemus. Qui prohibet etiam extra Ecclefiam in privatis ædibus, multo magis prohibet in ipfa Ecclefia. Quocirca qui ita argumentum duceret: ergo in Ecclefia id permittit, contra legem argumentaretur, non a contrario fenfu. In §. *noviffime inft. tit. de S. C. Orphit.* ait Juftinianus: *Noviffime fciendum eft, etiam illos liberos, qui vulgo quæfiti funt, ad matris hæreditatem ex hoc S. C. admitti.* Satifne fanus eft, aut fobrius, fi quis ex hoc deducat, liberos legitimos non effe admittendos? Sed hæc, amabo te, quid ad rem? quid ad noftram legem? Non multo felicius hunc nodum expedit Amaya 20
Larreæ affecla, ad *tit. C. de collat. ær. lib.* 10. *n.* 30. Ait enim argumentum a contrario fenfu non valere, nifi fiat

fiat cum omnibus suis qualitatibus. Quamobrem hoc ad legem nostram attineat, me fateor non intelligere. Subdit cum glossa, creditorem semper in damno esse, eo ipso, quod recusat accipere pecuniam in aliam formam per *text. in §. praeterea* 32. *inst. tit. de action.* & in *l. cum* 16. *C. de solut.* quibus nihil a nostra controversia alienius. Glossa autem reprobatur a Bartolo, & doctis omnibus: quin imo ipsa recedit ab ea opinione, quam verbis legis intelligit adversari, & congruentem verbis & sententiae legis amplectitur. Dii boni, quid est, si hoc non est cavillari, & leges misere distorquere?

21 Antequam ultra progrediar, leviter in transitu attingam expositionem *l.* 2. *C. de cond insert.* quam fortasse voluit allegare Larrea. Opponunt hanc ad unum omnes fere veteres interpretes, ad subvertendum argumentum a contrario sensu. Pater a filia haerede instituta legatum in diem Titio reliquerat, eique praeceperat, ut Titio cautionem de solvendo legato praestaret, si a marito non divertisset. Filia a marito divertit. Recusabat praestare cautionem, ducto argumento a contrario: Pater imposuit mihi onus cautionis, si non diverterem, ergo, si diverterem, non imposuit. Rectissime argumentatur. Nunquam enim fallax est argumentum, quod hoc modo ducitur, ut ajunt dialectici, contradictorie. Ita ducitur a Papiniano in *l.* 1. *ff. de off. ejus, cui mand jurisd.* Lege Julia magistratus potest mandare merum imperium, si proficiscatur, ergo si non proficiscatur, non potest mandare. Haud aliter Ulpianus in *l. juris gentium* 7. *§. dolo malo ff. de pact.* *Dolo malo ait praetor, pactum se non servaturum*. Qui dum? quia edicit, se servaturum pacta, quae dolo malo facta non sunt: ergo ait, se non servaturum pacta dolo malo facta. *Ait praetor*, quia licet id expressis verbis non dixerit, tamen inest, & continetur in eo, quod verbis expressit. Horum exemplo & nos ita ducimus argumentum. Creditor non est cogendus, si damnum passurus sit: ergo si passurus non sit, cogendus est. Sed ad haeredem filiam redeamus. Non poterat hoc argumento se cautionis oneri subducere, quia licet hoc ei pater non imposuerit, imposuit tamen Praetor, qui haeredem debentem legata in diem, cavere jubet legatariis de praestandis adveniente die legatis *l.* 5. *§. si dies & toto tit. ff. ut legat. nom. cav.* Idcirco ajunt Imperatores in *d. l.* 2. *jurisdictionis originem perinde servari aequum est, ac si nihil super ea re scriptum fuisset*. Sed haec non pertinent ad speciem propositam in laudata *l.* 2. si mulier divertisset, utique disputari posset, an mulier cavere deberet: hoc est, an praevalere deberet praeceptum Praetoris cavere jubentis, an vero tacita voluntas testatoris, quae inest in conditione cautionis, quia haec cautio a testatore potest remitti, quocumque judicio defuncti. Quamobrem si mulier divertisset, puto recte uti potuisse argumento a contrario, & ab onere cautionis liberandam fuisse auctoritate Papiniani in *l. avia* 77. *in fin. ff. de cond. & dem.* & Marciani in *l. licet* 12. *ff. ut legat. nom. caveat.* Sed mulier non divertit, ideo uti non poterat argumento a contrario; quo, si divertisset, uti potuisset, & ab Imperatoribus exaudienda fuisset, ut modo dicebam. Quid igitur pro se allegabat? Hoc scilicet mea sententia: conditio divortii a lege remittitur, adeoque si mihi legatum fuisset, aut relicta haereditas sub conditione, si divertissem, consecuta fuissem legatum, & haereditatem, etiamsi non divertissem *l. sed neque* 8. *§.* 1 *ff. de usu & habit. l. reprehendenda C. de instit. & subst.* Ergo similiter remittenda mihi est cautio, cum non diverterim, quemadmo-

admodum volebat testator: quia etiam cautio remitti potest non solum a lege, sed etiam a testatore *l. licet* 12. *ff. ut legat. nom. cav. l. avia* 77. *in fin. ff. de cond. & dem.* Remisisse autem cautionem in casu divortii videtur testator, qui eam jussit interponi, si non divertissem. Enim vero si hæc subtilius considerentur, suo argumento se ipsam mulier jugulabat. Nam si pater remisit ei cautionem in casu divortii, ergo non remisit, si non diverterit: non divertit autem: ergo ex ipsa patris voluntate cavere debet. Sed planius & explicatius respondent Imperatores: exemplum legati, vel hæreditatis, quod mulier allegat, huic rei comparandum non esse: *cum absurdum sit, ideo perpetui edicti negligi formam, quia patris sui voluntati non obtemperatur*. Non negant Imperatores, testatorem voluisse filiam liberare ab onere cautionis, si divertisset: sed ajunt, quod, cum non diverterit, & patris voluntati non obtemperaverit, ad cavendum tenetur & patris præcepto, & simul Prætoris edicto. Quamobrem etsi a præcepto patris absolveretur, tamen superest præceptum prætoris omnino servandum: quia absurdum est, negligi, & non servari Prætoris edictum, propterea quod mulier patri non obtemperavit. Lex non cogit eam obtemperare præcepto divortii, quod est contra bonos mores, & perinde habet, ac si super ea re nihil scriptum fuisset *d. l.* 2. *in princ.* atqui, si nihil super ea re scriptum fuisset, teneretur ex edicto cavere. Neque vero plus consequi debet, quam si super ea re nihil scriptum fuisset. Hujus rei elegans exemplum proponit Papinianus in *l. Mulieri & Titio* 74. *ff. de cond. & dem.* Mulieri & Titio relictus erat ususfructus, si non nupserit mulier. Nupsit mulier: deficit conditio legati, qua deficiente a legato videtur excludi Titius, & ad integrum usumfructum admittenda mulier, cui conditio remittitur. Verumtamen quia conditio a lege remittitur perinde ac si adjecta non fuisset, absurdum est, eam plus consequi, quod testatori non obtemperavit, quam consequeretur, si obtemperasset: idcirco dividitur inter mulierem, & Titium ususfructus: imo, quod est omnino singulare, mulier tantummodo dimidium ususfructus consequitur, etiamsi Titius legatum repudiaverit: adeoque contempta voluntate testatoris amittit jus accrescendi. Neque ipsi lex injuriam facit: quippe quia nihil esset habitura, si lex ei conditionem non remisisset. His expositis constat non levi errore prolapsos fuisse DD. qui putarunt ex *d. l.* 2. probari non valere argumentum a contrario, & commentitias esse solutiones, quas excogitarunt.

Non multo tutius est perfugium, 23 quo Lattea utitur ad declarandam *l. quæ extrinsecus* 65. *ff. de V. O.* Discrimen esse ait, quod stipulatio conventione contrahitur, non numeratione sicut mutuum. Id autem efficit numeratio, ut demonstret, ac designet genus monetæ, in quo contrahitur obligatio: cui consequens est, ut in eodem genere solvi debeat, quia non tollitur obligatio, nisi solvatur id, quod debetur *princ. tit. inst. quib. mod. toll. obl.* Sed nos non ducimus argumentum a comparatione mutui cum stipulatione: verum a convenientia responsionis cum interrogatione, quæ omnimoda esse debet in stipulatione, & multo exactior, quam in mutuo inter numerationem pecuniæ, ejusque restitutionem ac solutionem: tum vero maxime ab eo, quod ait J. C. promittentem aureos pro denariis non in re ipsa, sed in rei appellatione variare, ut supra luculenter explicavimus.

His demonstratis præoccupavimus con- 23 trariorum argumentorum confutationem. Nihil enim opponi potest, quod ex his non possit perspicue refutari. Primum ajunt, quod aliud pro alio solvi non potest invito creditori *l.* 2. §. 1. *ff. de* reb.

*reb. cred.* in mutuo solvi non potest res alterius generis, veluti triticum pro vino *d. l. 2. in princ. l. 1. §. re contrahitur ff. de oblig. & act. princ. tit. inst. quib. mod. re contrah.* differunt autem inter se materia, & substantia, atque adeo etiam genere, æs, argentum, aurum, *l. in venditionibus 9. §. ult. l. quod tamen 14. in fin. ff. de contr. empt.*

Ad hæc responsum est luculentissime initio hujus dissertationis. In mutui obligationem non deducitur pecunia numerata ratione corporis, substantiæ, materiæ, sed ratione quantitatis, & æstimationis. Quamobrem qui reddit monetam ejusdem æstimationis, non solvit aliud pro alio, sed id ipsum quod accepit, nempe illam ipsam æstimationem, quam accepit, quam debet. Ne jam dicta repetam, ad ea lectorem relego.

25 Rursus objiciunt, quod mutuum non solum in eodem genere restituendum est, sed etiam ejusdem qualitatis, & bonitatis *l. cum quid mutuum 3. ff. de reb. cred. l. 1. §. re contrahitur ff. de oblig. & act. princ. tit. instit. quib. mod. re contr. obl.* Non restituit autem rem ejusdem bonitatis, qui æream monetam pro argentea, argenteam pro aurea solvit. Ac ne quidem ejusdem qualitatis: qualitas enim in jure nostro pro materia accipitur *l. si sterilis 21. §. quamvis ff. de action. empt.* non est autem eadem materia æris, argenti, auri. *d. l. in venditionibus §. ult. & l. quid tamen 14. ff. de contr. empt.*

Eodem recurrimus. Æque bonum reddit pecuniæ debitor, qui reddit æqualem æstimationem, cum pecunia ratione æstimationis in obligationem deducatur, non materiæ vel corporis. Sed & ejusdem qualitatis reddit: licet enim aliquando, & quidem admodum raro nomen qualitatis ad materiam in jure nostro referatur, tamen vere ac proprie significat id, quod materiæ accedit, & accedit substantiæ *l. ubi autem 75. §. ergo 1. ff. de V. O. l. 4. ff. de trit. vin. & ol. leg. l. heredes palam §. 1. vers. & puto ff. qui test. fac. poss.* si quis acceptis decem denariis solveret decem sestertios, hic utique solveret monetam diversæ qualitatis, diversæ speciei, quia licet utraque moneta esset argentea, tamen cum non habeat eamdem æstimationem, non est ejusdem qualitatis *d. l. heredes palam*, nec ejusdem speciei *l. qui non militabat §. 1. ff. de hered inst* quod enim nummorum qualitas dicitur in *d l. heredes.* in hac dicitur species nummorum. Cæterum si pro decem denariis solverit quadraginta sestertios, qui sunt ejusdem æstimationis, dicitur variare solum in rei appellatione, non autem in re ipsa *l. quæ extrinsecus §. 1. ff. de V. O.* quam supra copiose exposuimus. Recte Ulpianus in *l. etiam 159. ff. de V. S. etiam aureos nummos æs dicimus.* Plane æs alienum dicitur, in quacumque specie monetæ fuerit contractum æreæ, argenteæ, aureæ. Senec. *de Benef. lib. 5. c. 14. Æs alienum habere dicitur, & qui aureos debet, & qui corium forma publica percussum, quale apud Lacedæmonios fuit, quod usum numeratæ pecuniæ præstat.* Pecunia numerata cujuscumque generis sit, omnis ejusdem modi est, quia usum dominiumque non tam ex substantia præbet, quam ex quantitate *l. 1. in princ. ff. de contr. empt.* Porro cum dicimus aliquem accepisse mutua centum scuta, non hoc intelligimus eum accepisse corpora ipsa scutorum, sed eorum æstimationem, sive eam acceperit in ceratiis, sive in denariis, sive numerata fuerint ipsa scuta argentea, sive aurei, sive tremisses, sive hæc omnia commixta, dum simul juncta conficiant æstimationem centum scutorum.

Rursus objiciunt, quod in pecunia non 26
solum valor & æstimatio, sed etiam corpus attenditur: argumento est, quod etiam tamquam corpus nulla habita ratione æstimationis sæpe deducitur in obligationem, ut in *l. plane 34. §. sed hoc ita*

Digitized by Google

*ita ff. de leg.* 1. in *l.* 3. *in fin. cum seq. ff. commod. l. numismatum* 28. *ff. de usufr.* In mutuo autem videtur considerari tamquam corpus, quia nullius rei pretium est, nec æstimatio, sicut in emptione *l.* 1. *in princ. ff. de contr. empt. l.* 1. *ff. de rer. permut.* neque enim intervenire potest tamquam æstimatio, cum nihil est quod æstimetur.

Ad hoc satis initio responsum est, ubi fuse lateque demonstravimus, quandonam ratione corporis, quando ratione quantitatis in obligationem deducatur; & quid obtineat in mutuo. Profecto ipsa numeratio, quæ in mutuo contrahendo necessaria est *inst. tit. quib. mod. re contr. oblig. in princ.* clare ostendit, non tamquam corpus in mutuum venire pecuniam, cum non ea ipsa pecunia, quæ numeratur, solvenda sit, sed alia ejusdem generis *l. sed si certos* 51. *ff. de leg.* 1. Neque fit numeratio, ut constet de specie monetæ, quæ traditur, sed ut constet de quantitate, & quantum datum sit, appareat, ut tantumdem reddi possit. Qui pecuniam mutuam accipit, non eam accipit tamquam mercem aliquam, sed ut ejus pretio merces comparet, & in suos usus expendat: proinde eam accipit, ut pretium & æstimationem omnium rerum, & ad dimittendos creditores accommodatam.

Denique opponunt, quod in pecunia non solum valor, sed ut proba sit materia, sitque justi ponderis, exigitur *l.* 1. *&* 2. *C. de ponderat. & aur. illat. c. quanto de jurejur. l.* 1. *C. de vet. numism. pot.*

27 Ineptum, & futile argumentum. Utique si mutuatarius non reddat monetam probam, & justi ponderis, non cogatur creditor accipere: ut si ærosam pecuniam, vel detonsam solvere velit *l. creditor,* 102. *ff. de solut. l.* 2. *C. de ponderat.* sed hoc pertinet ad publicam auctoritatem, quæ sit moneta proba, aut ærosa, quæ justi ponderis *d. l. creditor & d. l.* 2. Cæterum ea est moneta proba, justique ponderis, quam æris, argenti, aurique flatores publica auctoritate percusserunt *l.* 1. *ff. de contr. empt. l.* 2. §. *eod. tempore* 30. *ff. de orig. jur.* sed quid hæc ad quæstionem nostram? Nam etsi redderet ejusdem generis monetam vel detonsam, vel ærosam, repelli posset a creditore. Non quærimus, an possit reddere monetam minus probam, aut non justi ponderis: sed an possit reddere in alia forma, in alia materia, sine damno creditoris.

---

## CAPUT XI.

### *Ad L. prout quidque 80. ff. de solut.*

### SUMMARIUM.

I *Mutatio monetæ extrinseca, vel extrinseca.*
II *In extrinseca tantumdem restituit, qui restituit eamdem æstimationem.*
III *Solvens æstimationem ejus, quod accepit, liberatur.*
IV *Creditor recipiens eamdem æstimationem, quam dedit, nihil damni sentit.*
V *Mutatio monetæ est casus fortuitus, qui cedit damno vel lucro debitoris.*
VI *Rei æstimatio in obligationem deducta ipsa æstimatio debetur, sive creverit sive decreverit rei pretium.*
VII *Non potest simul reddi tantumdem corporis, & tantumdem æstimationis. Æstimatio prævalere debet materiæ & corpori.*
VIII *Pecuniæ pretium augeri solet ad opitulandum Reipublicæ necessitatibus.*
IX *Explicatur l. vinum XXII. ff. de reb. cred.*
X *Differentia inter pecuniam & species, quæ in genere suo functionem recipiunt.*
XI *Ante moram id solum debetur, quod in obligationem deductum est. Post moram etiam id, quod interest creditoris.*
XII *Differentia inter legatum metalli rudis, & mutuum pecuniæ numeratæ.*
XIII *Exponitur l. cum certum 9. ff. de aur. & arg. leg.*
XIV *In his, quæ ad sua initia redigi possunt, materia vincit formam, & artificium cedit materiæ.*
XV *Solvens eamdem æstimationem, nec aliud pro alio nec minus solvit.*
XVI *Recipiens eamdem monetam, quam dedit, non accipit nummos in aliam formam.*

Sue-

1 SUccedit altera quæstio de mutatione monetæ: videlicet an ea publica auctoritate mutata restitui debeat tantumdem corporis, an vero tantumdem æstimationis. Tantumdem pecuniæ restituendum esse, controversum non est *l. prout quidque ff. de solut.* sed & hic dubitatur, an tantumdem pecuniæ restituere dicatur, qui restituit eamdem æstimationem, an vero qui restituit eadem corpora. Mutatio monetæ duplex: Aut retenta eadem moneta augetur minuiturve ejus æstimatio: Aut cuditur nova moneta mutata ejus materia, vel pondere. Illa a nostris dicitur mutatio extrinseca, hæc intrinseca.

2 Mutata extrinsecus moneta puto mutuatarium non posse cogi, nisi ad restituendum tantumdem æstimationis. Finge auctam fuisse æstimationem aureorum, ita ut octoginta aurei æquent æstimationem centum præteriti temporis: qui centum mutuos acceperat, reddendo octoginta liberatur. Hæc sententia superiori est consentanea: eaque admissa, hanc quoque admitti necesse est. Etenim potest mutuatarius, qui decem aureos accepit, solvere denarios ejusdem æstimationis, ut in superiore demonstravimus: ergo multo magis solvere potuit ejusdem generis monetam, videlicet aureos, dum sint ejusdem æstimationis. Si licet ei, quod plus est, multo magis licere debet, quod minus est *l. non debet* 21. *ff. de R. J.* Licet mutuatario reddere eamdem æstimationem in argento, quod non accepit, ergo multo magis in auro, quod accepit. Idem ita concludi potest. Si accepisset denarios CCL. mutuos, posset solvere tot aureos, qui æquarent æstimationem denariorum CCL. ergo multo magis eosdem solvere poterit, cum aureos mutuos acceperit. Huic argumento vix aut nullo modo potest responderi.

3 Confirmatur, quia si verum est, quod verissimum esse demonstravimus in superiore, pecuniam numeratam in mutuo, sicut in plerisque aliis contractibus, in obligationem deduci ratione quantitatis & æstimationis, non autem corporis; consequens est liberari, qui solvit eamdem æstimationem, maxime si solvat in eodem genere monetæ, quod accepit. *l.1. §. re contrahitur ff. de obl. & act. l. 2. in princ. ff. de reb. cred.* juncto *princ. tit. inst. quib. mod. tollit. obl.*

4 Secundo, quia creditor recipiens eamdem æstimationem, quam dedit, damnum ac detrimentum non sentit, quoniam res omnes, quæ in commercio sunt, expenduntur & æstimantur pecunia secundum æstimationem publica auctoritate impositam *l. 1. in princ. vers. electa ff. de contr. empt.* Ibi: *electa materia est, cujus publica æstimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis subveniret*. Nec potest quisquam in commerciis rebus contrahendis eam recusare, cum sit speciei probæ & debiti ponderis; est enim eadem moneta, quæ dudum erat *l. 1. C. de vet. numism. potest.* & *l. ult.* ubi jubetur capitali supplicio puniri, qui eam pro pretio a lege imposito accipere noluerit.

5 Tertio, quia quamvis diminuto monetæ pretio detrimentum sentiat debitor, qui plures aureos restituere cogitur, quam acceperit, tamen hoc est consentaneum naturæ mutui, in quo quicquid accidit casu fortuito, cedit damno ipsius debitoris §. *item is vers. & is quidem, inst. tit. quib. mod. re contr. oblig. l. 1. §. & ille quidem ff. de obl. & act.* Diminutio autem pretii casu fortuito accidit: nam pecuniæ publica est, ac perpetua æstimatio *l. 1. vers. electa ff. de contr. empt.* eaque mutari minuique & augeri non potest, nisi suprema principis auctoritate, ad quem spectat monetam cudere. Sunt enim hæc jura majestatis *l. 2. C. de falsa moneta*: nec quisquam alius habere potest hanc facultatem etiam ex ipsius Principis rescripto *l. ult. C. eod.*

Quod

Quod autem fit potentia Principis ad vim majorem, & casus fortuitos pertinet *l. si fundus* 25. §. *fin. ff. locat. l. Lucius* 11. *ff. de evictíon.* quia potentiæ principis resisti non potest; & quod fit ea vi cui resisti non potest, casu fortuito accidisse reputatur *l.* 1. §. *& ille quidem vers. is vero ff. de obl. & act. l.* 4. *C. de peric. tut. l. fluminum* 24. §. *Servius ff. de damn. inf.* In summa damnum quod provenit ex mutatione monetæ, semper ad mutuatarium pertinet *l. creditor* 102. *ff. de solut.* Cum autem ad debitorem pertineat incommodum diminutionis pretii, ad eundem pertinere debet etiam commodum augmenti, *l. secundum naturam* 10. *ff. de reg. jur.* §. *quam autem vers. sed & si post emptionem*, *instit. de contr. empt. l. id quod* 7. *in princ. ff. de peric. & com. rei vend. l. ult. C. eod.*

6 Quarto quia quoties rei æstimatio deducitur in obligationem, debetur ea ipsa æstimatio, quæ in obligationem deducta est, sive creverit sive decreverit rei pretium *l. fundum* 28. *in fin. D. de novat.* Ibi: *ea æstimatio venit, quæ secundæ stipulationis tempore fuit l. æstimatæ* 51. *D. sol. matr. l. cum dotem* 10. *in fin. C. de jur. dot. l. res in dotem* 42. *D. eodem*. Atqui in mutuo pecunia deducitur ratione suæ æstimationis, ut ostendimus in superiore; ergo augmentum, diminutio, interitus ad debitorem, non ad creditorem pertinet, ut perspicue tradit Scævola in *l. creditor* 102. *princ. D. de solut.* Ibi: *nec creditoris, nec tutoris detrimentum esse*. Confirmatur, quia nummorum certa est æstimatio *l.* 3. *D. de in lit. jur.* quamobrem qui mutuos nummos accipit, ad restituendam certam æstimationem obligatur, eamque restituendo liberatur *princ. tit. inst. quib. mod. toll. oblig.*

7 Quinto animadverto, quod aucto, diminutove pretio pecuniæ, non potest reddi tantumdem corporis, & materiæ, simulque tantumdem quantitatis & æstimationis. Etenim si reddas tantumdem corporis, reddis plus, minusve æstimationis: contra si reddideris tantumdem æstimationis, plus, minusve corporis reddidisti. Cum igitur utrumque exequi atque explere nequeat mutuatarius, alterum alteri cedat necesse est, ut id, quod prævalet, mutuatarius exequatur. Videndum igitur est, quid prævaleat in pecunia numerata, utrum corpus & substantia, an vero quantitas, valor, æstimatio. Equidem sine ulla controversia prævalet æstimatio materiæ & corpori; moneta enim ideo inventa fuit, eique imposita publica æstimatio, ut subveniretur permutationum difficultatibus, in quas homines incurrebant corpora corporibus permutando *l.* 1. *in princ. D. de contr. empt.* & idcirco pecunia habetur pro re incorporali, & corpori opponitur *l. quisquis* 95. *in fin. D. de leg.* 3. Ibi: *neque enim post eam præfationem adjectarum fuisse testatorem res corporales, si duntaxat pecuniam numeratam præstari voluisset, l. plane* 34. §. *sed si non corpus D. de legat.* 1. *l. sed & si* 10. *D. de acceptil. l. si pœnæ* 19. §. *si falso l. qui hæredis* 46. *D. de condict. indeb. l. si hæres* 68. *D. ad SC. Trebell.* & nos in superiore fusius ostendimus. Hoc quoque argumentum reor ineluctabile.

Postremo, quia Princeps monetæ pretium augere solet vel ut publicæ necessitati opituletur, vel ad sublevandam plebem ære alieno oppressam. Sallust. *in Catilin. Sæpenumero majores nostri miserti plebis Romanæ decretis suis inopiæ ejus opitulati sunt: ac novissime memoria nostra propter magnitudinem æris alieni, volentibus bonis, argentum ære commutatum est*. Plin. *Lib.* 33. *cap.* 3. *Bello Punico primo, cum inpensis Resp. non sufficeret, constitutum, ut asses sextantario pondere ferirentur: ita quinque partes factæ lucri, dissolutumque æs alienum*, &c. 8

Pisce

*Postea Hannibale urgente Q. Fabio Maximo Dictatore asses unciales facti, placuitque denarium sexdecim assibus permutari*. Sed si aucta æstimatione pecuniæ, totidem nummi solvendi essent, quot accepti fuerunt; & tantumdem nummorum, non tantumdem æstimationis solvendum esset a debitoribus, neque Reip. necessitati subveniretur, neque inopiæ debitorum, & ex pretii augmento non debitores, sed creditores perciperent emolumentum, contra propositum institutumque Reip.

Modo, quæ opponuntur, expendamus. Duo præ aliis magnos viros seduxerunt. Primum opponitur Juliani auctoritas in *l. vinum* 22. *ff. de reb. cred.* ubi secundum Sabini sententiam statuitur; vinum mutuo datum, tanti æstimandum, quanti tunc erat, cum petitum fuit, ergo in mutuo attendi debet & solvi æstimatio, quæ fuit tempore petitionis, non tempore contractus, vel tempore rei judicandæ *l.* 3. §. *in hac actione D. commod.*

10 Facilis & expedita distinctio inter pecuniam, aliasque res, quæ in genere suo functionem recipiunt, vinum, oleum, frumentum. Harum rerum pretia incerta sunt, & in dies mutantur pro annonæ vilitate, aut caritate *l. pretia rerum* 63. §. *ult. ff. ad leg. Falcid.* pecuniæ autem certa est æstimatio atque perpetua *l.* 1. *ff. de contr. empt. l. nummis* 3. *ff. de in lit. jur.* Plin. *Lib.* 33. *cap. ult. in fin. Pretia rerum, quæ usquam posuimus, non ignoramus alia aliis locis esse, & omnibus pene annis mutari*: & reliqua. Eo fit, ut pecunia merces omnes æstimentur, pecunia autem merce non æstimetur *l. si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejuss.* His consequens est, in mutuo pecuniæ in obligationem venire ipsam æstimationem: in mutuo vini, olei, frumenti, corpora ipsorum juxta mensuram a contrahentibus initam. Quoties autem certa æstimatio in obligationem deducitur, ea ipsa debetur, etiamsi postea rei æstimatio variaverit *l. fundum* 28. *ff. de novat. c. ult. de censib.* facit ad rem *l. Rutilia Polla* 68. *ff. de contr. empt. l. cum quis* 22. *D. de oblig. & act.* Sicut enim cum de certa mensura, vel certo pondere contracta est obligatio, tantumdem mensuræ vel ponderis restituendum est; adeo ut nequidem convenire possit, ut plus restituatur *l. rogasti* 11. §. 1. *D. de reb. cred.* ita cum de certa æstimatione contracta fuit obligatio, tantumdem æstimationis est restituendum.

11 Sed ad propositum argumentum ex *l. vinum* magis est accommodata distinctio temporis, vel moram antecedentis, vel eam consequentis. Ante moram nihil aliud debetur, quam quod in obligationem deductum est; ideo si decem amphoræ vini datæ fuerint, nihil aliud debetur, ac nihil aliud peti potest, quam decem amphoræ; nec locum habet æstimatio, quia debet in decem amphoras a Judice condemnari, non in æstimationem *l. Titiæ amicæ* 36. *in fin. ff. de aur. & arg. leg. l. ult. C. de fideic. libert. l. hujusmodi* 84. §. *qui servum D. de leg.* 1. Post moram autem ultra rem debitam præstandum est etiam id, quod interest creditoris rem sibi solutam fuisse debito tempore: scilicet quantum habiturus fuisset, si ei statim reddita fuisset *l. præterea* 20. *D. de rei vindic. l. cum fundus D. de reb. cred. l.* 2. *D. de usur. l. si sterilis* §. *cum per venditorem D. de act. empt.* Est igitur æstimanda res, non quia ipsa præstanda non sit, sed ut constet, quanti intersit actoris, rem non suo tempore fuisse restitutam *d. l. si sterilis*. Nam post moram debitoris, damnum ad ipsum debitorem pertinet *l. cum res* 47. §. *ult. D. de leg.* 1. lucrum ad creditorem *l.* 3. §. *ult. l. si sterilis* §. *cum per venditorem D. de act. empt.* Idem in mutuo pecuniæ numeratæ receptum est com-

communiter, quam sententiam, nec probo, nec reprobo. Verum hoc a mora provenit, non a mutui natura. Quocirca argumentum petitum a *l. vinum D. de reb. cred.* ad hanc controversiam non pertinet.

12 Secundo opponi potest *l. cum certum 9. D. de aur. & arg. leg. Cum certum auri vel argenti pondus legatum est, si non species designata sit, non materia, sed pretium præsentis temporis præstari debet*: ergo præsens æstimatio debetur, non temporis præteriti, quo contracta fuit obligatio.

Magna est differentia inter legatum argenti vel auri rudis, & mutuum pecuniæ numeratæ. Rudis materiæ argenti, vel auri, vel æris non est certa ac perpetua æstimatio a lege definita, quemadmodum pecuniæ numeratæ *l. 1. D. de contrah. empt.* Æs, argentum, aurum pecunia æstimatur & merceis vicem obtinet: pecunia alia re non æstimatur, sed est omnium æstimatio & pretium, non autem merx, *l. 1. D. de contr. empt. l. si ita fidejussorem 42. D. de fideiuss.* Suetonius *de Julio Cæsare cap. 54. Unde factum, ut auro abundaret, ternisque millibus nummum in libras promercale, per Italiam, provinciasque divenderet.* Iis temporibus ex auri libra quadraginta & octo aurei cudebantur: aureus centum nummis valebat: itaque libra auri in pecunia quaternis millibus & octingentis nummis æstimabatur. Cæsar cum ex Gallia maximam auri copiam asportasset, aurum rude dumtaxat ternis millibus nummum divendebat. Hæc igitur metalla pro abundantia, vel penuria modo viliora erant, modo cariora, quemadmodum reliquæ merces: quamobrem ea æstimare necesse erat. Hinc orta quæstio: cujus temporis æstimatio sit ineunda. Hæc autem quæstio in pecunia numerata incidere non potest, quia cum in obligationem deducatur certa ejus æstimatio; ea ipsa solvenda est à mutuatario, qui ad eam restituendam ex mutuo se obligavit, ut paulo ante demonstravimus.

13 Verumtamen si accuratius id perpendamus, lex illa pro nobis facit potius quam contra nos: *pretium præsentis temporis præstari debet*. Quodnam est tempus præsens? scilicet tempus conditi testamenti. Dilucide hercle Paulus ita definit in *l. si ita esset 7. eod. Si ita esset legatum: vestem meam, argentum meum damnas esto dare: id legatum videtur, quod testamenti tempore fuisset; quia præsens tempus semper intelligeretur.* Nam tempus præsens etiam præteritum sæpenumero significat *l. verbum erit 123. D. de V. S.* Jurisconsulti, cum de legatis, & fideicommissis aliquid definiunt, verba referunt vel ad tempus testamenti, in quo relicta fuerunt, vel ad tempus mortis testatoris, cum incipiunt deberi: quia hæc duo tempora inspici solent. De æstimatione rerum, quæ relicta fuit in testamento, spectandam esse æstimationem, quæ fuit tempore mortis, traditur a Scævola in *l. ult. §. 1. D. de leg. 2.* Idque quia testator usus erat verbo futurum tempus demonstrante, quod tamen non protenditur ultra mortem testatoris. Nec vero protendi potest, quoniam res cujusque modi fit, cum testator moritur, ab hærede præstanda est; statim enim & nascitur obligatio, qua hæres obstringitur, & statim transfertur dominium in legatarium *l. hæres quandoque 54. D. de acquir. vel omitt. hæred. l. legatum 20. D. de legat. 2.* Quocirca & si res mutata fuerit post conditum testamentum, tamen cujuscumque modi sit tempore mortis, ejusdem modi debetur: ut in *l. si quis vinum 9. §. item si quis D. de trit. vin. & ol. leg. & l. uxorem 41. §. testamento 4. D. de leg. 3.* Cæterum in nostra *l. cum certum 9.* verius puto deberi pretium ejus temporis, quo factum est testamentum, nam qui rem legat, co-

cogitat de illa re, quæ est præsenti tempore, & animo ejus, cum legat, obversatur. Quamobrem nisi adjiciat aliquod verbum, ex quo conjecturam faciamus, eum de futuro cogitasse, semper testamenti tempus inspiciemus *l. si ita 7. ff. de aur. & arg. leg. l. scribit 34. §. 1. l. medico ult. ff. eod. l. ult. §. ult. ff. de liber. leg.* Huic consequens est, testatorem legantem certum pondus argenti in genere, nulla specie designata, voluisse legare pretium præsentis temporis, quod ipse animo reputabat, cum legabat: perinde ac si certam summam pecuniæ legasset. Sed utrumlibet verius putes, quod ad quæstionem nostram attinet, res eodem recidit.

14 Tertio opponitur, quod ea, quæ in sua redigi possunt initia, materiæ potentia victa, nunquam vires ejus effugiunt. *l. quæsitum 78. §. illud. ff. de leg. 3.* sed argentum signatum sæpius redigi potest in sua initia sicut argentum factum, ergo in eo vincit potentia, materiæ, ejusque vires effugere non potest: cui & illud consequens est, tantumdem materiæ, non tantumdem æstimationis esse restituendum, ut tantumdem pecuniæ reddatur, quemadmodum præcipitur in *l. prout quidque 80. ff. de solut.*

Hoc etiam argumentum pro nobis facit. Ait Paulus, argenti legato tam rude & infectum argentum, quam factum contineri, licet legato marmoris solummodo rude marmor contineatur: scilicet quia in argento facto materia vincit formam, & artificium ac cælatura materiæ cedit, cum ad sua initia reduci possit. Atqui argenti legato non continetur argentum signatum, *l. cum aurum 19. in princ. ff. de aur. & arg. leg.* ergo in argento signato forma publica vincit potentiam materiæ, & consideratur forma publica, & a lege imposita æstimatio, non vero materia. Ad *l. prout quidque* jam supra respondimus, tantumdem pecuniæ reddere, qui reddit tantumdem æstimationis, non, qui reddit tantumdem materiæ.

Reliqua etiam argumenta jam præoccupavimus. Nam quod ajunt aliud pro alio solvi non posse, *l. 2. §. 1. ff. de reb. cred. l. ult. C. de fideic. libert.* Mutuatarium non posse obligari ultra id quod accepit. *l. rogasti 11. §. 1. ff. de reb. cred. l. si tibi decem 17. ff. de pact. l. cum ultra C. de non numerata pecunia.* Neminem cogi accipere pecuniam, quæ non sit debiti ponderis, & speciei probæ. *l. 1. C. de veter. numism. pot. 2. C. de ponderat. & illat. aur.*

Verissima sunt hæc omnia, sed a nostra quæstione admodum aliena. Qui solvit eamdem æstimationem, non solvit aliud pro alio, cum solvat eam æstimationem, ad quam se obligavit plus, aut minus. Solvit monetam speciei probæ ac debiti ponderis, cum solvat monetam, quam accepit, eaque non fuerit intrinsecus mutata, ut supponimus. Quod si creditor eam dicat esse detonsam, atque ideo non justi ponderis, eum ad zygostatem relegat Julianus Imperator in laudata *l. 2.* Ejusdem notæ est argumentum, quod ducitur a *l. creditorem 99. ff. de solut.* de qua in superioribus. Etenim neque creditor in aliam formam nummos accipit, cum recipiat eamdem monetam, quam dedit. Character, figura, signum, quo moneta formatur, atque signatur, forma dicitur, est enim moneta materia forma publica percussa, *l. 1. ff. de contr. empt.* Hæc forma aliam ab alia monetam distinguit, & secundum hanc æstimatur: ideo etiam ipsa moneta sæpe forma dicitur. Cato formam denarii dixit; & Lamprid. *in Alex. Severo: Formas binarias, & ternarias, & quaternarias, & denarias etiam, atque amplius usque ad bilibres quoque & centenarias, quas Heliogabalus invenerat, resolvi præcepit.* Formæ binariæ erant monetæ, quæ binis aureis valebant, ternariæ quæ ternis: centenariæ, quæ centenis.

Digitized by Google

tenis. Neque damnum sentit creditor, qui recipit eamdem æstimationem, quam dedit. Ac si velimus damnum secundum numerum nummorum, quos recipit, æstimare; sicut pauciores recipit aucta æstimatione; ita plures recipit ea diminuta. Æquum igitur est, eum pati damnum, si lucrum percipit. *l. id quod 7. ff. de peric. & comm. l. un. §. pro secundo vers. eas etiam C. de cad. toll. l. is qui 15. in fin. de legat. præst.*

## C A P U T XII.

*Ad L. cum quid mutuum 3. ff. de reb. cred.*

### SUMMARIUM.

I *Communis sententia Interpretum est, reddendam esse monetam antiquam, vel novam juxta antiquæ æstimationem. Contraria magis placet.*
II *In pecunia consideratur potestas seu valor publica auctoritate impositus, non materia, ex qua constat.*
III *Materia vel pondus non sunt in obligatione, adeoque eorum ratio habenda non est.*
IV *Pecuniam nobis usum dominiumque præbere non tam ex substantia, quam ex quantitate quatenus dici possit ad Paulum in l. 1. ff. de contrab. empt. & n. V.*
VI *Nemo potest recusare, quin tradat aut suscipiat monetam jussu Principis percussam.*
VII *Est enim ejusdem potestatis & æstimationis, & nullum damnum patitur creditor. & n.* VIII.
IX *Duplex mutatio monetæ intrinseca apud Romanos facta reperitur. Nunquam distincta moneta vetus a nova.*
X *Expenduntur Loca Juris Canonici in contrarium allegata. & n.* XI. XII.

1 QUæstionem etiam de mutatione intrinseca in transitu leviter attingam. Interpretes nostri fere omnes pro certo habent, reddendam esse monetam antiquam, si usquam reperiatur: sin minus, restituendam novam monetam secundum æstimationem antiquæ. Nituntur auctoritate juris Pontificii in *c. olim & in c. cum canonici de censib.* Quæ sententia rationem habet, quia cum in mutuo reddendum sit æque bonum, nostra *l. 3. ff. de reb. cred.* si reddi potest æque bonum tam in materia, quam in æstimatione, nulla ratio videtur esse cur id fieri non debeat. Quocirca si repetiatur antiqua moneta, quam mutuam accepit debitor, quorsum eam solvere recuset? Eam solvendo restituit rem mutuam & ejusdem generis, & ejusdem bonitatis tum intrinsecæ, tum extrinsecæ, atque adeo plane perfecteque satisfacit suæ obligationi, suoque creditori. Enim vero ab hac sententia recedere non auderem, (sicut in docendo nunquam recessi; quamvis contrariam de jure veriorem esse existimarem) nisi præirent, & animos adderent doctissimi viri, qui primas etiam in foro tenuerunt.

2 Movet me primum, quod ait Paulus in *l. 1. ff. de contr. empt. Electa materia est, cuius publica, ac perpetua æstimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis subveniret: eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia præbet, quam ex quantitate: nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium appellatur.* Idque confirmat in *l. 1. in princ. ff. de rer. permut.* Electio igitur hujus materiæ ad publicam potestatem pertinet: ad eamque etiam forma, quam voluerit imprimere, quæ sit signum tum publicæ auctoritatis, tum æstimationis publica auctoritate impositæ. Hoc & Aristoteles affirmat *lib. 1. de Rep. cap. 9.* Quod si quis hanc auctoritatem sibi arripuerit, in crimen læsæ majestatis incurrit, & afficitur ultimo supplicio. *l. 2. C. de falsa mon.* His efficitur, hanc materiam ad hoc electam & forma publica percussam, ut difficultatibus permutationum subveniretur, non amplius esse considerandam tamquam aliquam mercem, sed tamquam pretium omnium mercium, nec habendam rationem materiæ, cujusquemodi sit, sed æstimationis,



Digitized by Google

tionis, quam Principis, aut Reip. decreto accenit. Quocirca sive pretiosa, sive vilis fuerit materia, eumdem privatis usum præstat, dum eadem sit æstimatio, nec de ea privati curare debent, cum electio materiæ ad Principem supremum solummodo pertineat. Cives igitur dumtaxat potestatem, pretium, quantitatem in nummis debent perpendere, cum non tam ex substantia, quam ex quantitate usum dominiumque ipsis præbeat. Egregie Aristoteles laudato loco ait, quod nummus lege constat, natura vero nihil est. Materiæ substantiam absorbet publica legis æstimatio. Tolle legem, etiam nummos, omnemque pecuniam sustuleris: remanebit aurum, argentum, æs, quæ mercis loco habebuntur, & in antiquas difficultates permutationum recidemus. Natura igitur propria pecuniæ, qua ab omnibus aliis rebus distinguitur, est valor impositititius, non materia, ex qua conflatur, quæ communis est etiam æri, argentoque, & auro infecto, quæ merx sunt, non pretium mercis, non pecunia, non nummus. Quid igitur causæ est, cur novam monetam pro vetere creditor accipere detrectet, si recipit eamdem æstimationem, quam dedit? *l. prout quidque 80. D. de solut. & lib.* cum enim id, quod creditori debetur, ad eum perveniat, eique nihil obsit, necesse est, ut debitori comperat liberatio. *l. in perpetuum. 62. D. de solut.*

3 At enim ad eum non pervenit id, quod ei debetur: quia materia pecuniæ, quæ ipsi solvitur, eadem non est, ac pecuniæ, quam dedit; vel non est ejusdem ponderis. Ne solutio quidem alterius generis monetæ eamdem materiam, aut idem pondus præstat creditori: & tamen eam recusare nequit, dummodo eamdem præstet æstimationem, ut in superioribus demonstravimus. Neque enim materia, aut pondus aut corpora nummorum sunt in obligatione, sed valor, potestas, & publica nummorum æstimatio: & quod est in obligatione, debet esse in solutione. *l. ult. C. de fideicom. libert.*

Sed hoc ipsum negant, qui in contraria sunt sententia, & Pauli verbis nituntur: *eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia præbet, quam ex quantitate.* 4
Ergo ajunt, præbet usum dominiumque non solum ex quantitate, sed etiam ex substantia. Profecto non negaverim usum, ac præsertim dominium in materia & corpore nummorum consistere: cum possit de illis perfecte arbitrio suo disponere, quod dominii proprium, idque in re corporali consistat. *l. per hoc judicium 4. ff comm. divid.* Sed hoc dominium habemus, quatenus nummi sunt ex ære, argento, auro, quemadmodum sunt in dominio nostro quælibet metalla facta, infectave, ut æs, argentum, aurum rude, vel vasa ærea, argentea, aurea. Quatenus autem nummi pecunia sunt ad res omnes æstimandas, & comparandas instituti, & publica auctoritate signati, usum, dominiumque nobis præbent ex quantitate, pretio publicaque æstimatione. Ita monemur a Papiniano in *l. si is cui nummos 94. §. 1. ff. de solut.* Ibi: *sive quis in pecunia non corpora cogitet, sed quantitatem.* In nummis & corpora, & quantitatem possumus cogitare: in ea tamen specie, quam ibi proponit Papinianus, quantitatem considerandam esse, non corpora, decernit Pomponius in *l. si pæne 19. §. si falso ff. de condict. ind. summæ partem dimidiam, non corporum conditam*: agitur enim de nummis communibus solutionis, vel mutui causa datis: in commerciis enim exercendis nummi ratione quantitatis & valoris, non corporum & 5
mercis interveniunt. Quamobrem nummi consumpti dicuntur, etiam si extent, & salva sint nummorum corpora, & illæsa eorum substantia: & consumptione mutuum conciliatur, & libera-

beratio ab obligatione contingit *d. l. si is cui 94. l. rogasti 11. §. ult. & l. seq. ff de reb. cred. l. si quis pro eo 56. §. si nummos D. de fideiuss. l. si alieni 78. ff. de solut.* Frumentum, vinum, oleum consumuntur, cum iis utimur ad vescendum: pecunia vero, cum eam expendimus, aut cum nostra commiscemus, ut discerni non possit. *d. l. 78.* si nummos comminuam, fundam: ex eis vasa, sigilla conficiam: illis utor tamquam argento, auroque, non tamquam pecunia, & quasi dominus materiae atque substantiae, non quasi dominus pecuniae, & quantitatis, ac pretii, quo censetur. Sed hoc raro admodum accidit, & est a proprio usu nummorum, eorumque institutione alienissimum; *nec facile quisquam argenti numero nummos computat*, ut ait Ulpianus in *l. Quinctus Mucius 27. §. 1. D. de aur. & argent. leg.* Forma publica eximit argentum ex numero argenti non solum infecti, sed etiam facti: atque eo fit, ut legato omni argento, legato argento facto, nummi non contineantur, nec verbum illud universale, *omne*, tantam vim habeat, ut eos comprehendat *d. l. Quinctus 27. & l. cum aurum 19. in princ. D. eod.* Tunc nummis utor tamquam pecunia signata, & quasi dominus pecuniae, non materiae, cum illis utor ad usum, ad quem fuerunt instituti: ad res comparandas, ad perpetuos sumptus faciendos, ad negotiandum, ad sublevandos amicos, & his similia. Tunc autem usum dominiumque nobis praebet ex quantitate, non ex substantia: usum praestat, & commodum atque utilitatem non aes, aurumve, & argentum, non materia melior, deteriorve: sed ejus valor impositititius, & aestimatio publica auctoritate destinata. Qui tabulam egregie pictam, aut statuam affabre sculptam possidet, aut comparat, non materiae qualitatem spectat, sed operis excellentiam. An cum Rex Attalus Aristidis tabulam centum talentis emit, ex qua materia, tela, vel ligno, & quam perfecta, vel quam pretiosis coloribus tabula compacta esset ac pacta, curavit? An cum Polycleti Diadumenus totidem talentis veniit, putamus emptorem diligenter expendisse, quo ex aere conflatus esset? An Nicomedes Rex Praxitelis Venerem mercari volens a Gnidiis, & totum aes civitatis alienum, quod erat ingens, dissoluturum se promittens, valde curavit, quo in marmore sculpta foret? aut Gnidii, qui noluerunt illi vendere, & quidvis perpeti maluerunt, quam statuam alienare, quae Gnidum nobilitabat, id deliberaverunt propter marmoris qualitatem, an propter sculpturae excellentiam? Atque haec multo satius in nummis statuenda sunt, propterea, quod electio materiae non pendet a privatorum arbitrio, sed a publica auctoritate, cui parere necesse est.

6 Quocirca illud etiam me movet, ut ita sentiam, quod nemo potest recusare, quin tradat, aut suscipiat monetam secundum jussa Principis, qui eam cudi jussit: alias violat imaginem Principis in ea impressam. *l. 1. & 3. C. de veter. num. potest.* Non potest ergo creditor refragari, si mutuatarius ei offerat novam monetam jussu Principis percussam. Nec turbat, quod in laudata *l. 1.* ajunt Imperatores: *modo ut debiti ponderis sint, & speciei probae.* Nam cujus ponderis esse debeant nummi, cujus speciei, decernit idem Imperator: sequitur, ut debitum pondus, & species proba illa sit, quam voluit, ac jussit Imperator. Accedit, quod pro denariis, quos accepit mutuatarius, solvere posset aureos, dum solveret eamdem aestimationem, ut in superioribus est demonstratum: quidni igitur possit solvere denarios ejusdem speciei, ejusdemque aestimationis? si aureos solveret, hoc tantum quaereretur, an sit ejus qualitatis, ejusque ponderis, quod publice fuit designatum; quidni idem suffi-

Digitized by Google

sufficere debet, si denarios solvat?

7 Atque eo magis, quod nullum damnum passurus est creditor ex solutione novæ, cum sit ejusdem potestatis, ejusdem æstimationis, cujus erat moneta vetus, quam mutuatus fuit. Itaque nulla causa est; cur eam accipere recuset, & si recusaverit, cogendus erit argumento *l. creditorem ff. de solut.* quam
8 in superioribus latissime exposuimus.

Respondent quidam, quod damnum patitur creditor, quia nummis hisce novis deterioribus non potest comparare totidem nummos veteres, quos mutuos dedit. Quasi vero pecunia sit introducta & instituta, ut cum alia pecunia permutetur. Imo fuit inventa ad tollendas difficultates permutationum *l. 1. ff. de contr. empt.* Aliud est pecunia, aliud merx: pecunia merces omnes æstimantur, non mercibus pecunia *d. l. 1. & l. si ita fidejussorem 42. ff. de fidejuss.* Potest igitur creditor easdem merces nova pecunia sibi comparare, quas potuisset pecunia vetere, quam mutuam dedit: cum mutata non fuerit æstimatio. Nullum ergo damnum patitur. Illud etiam falsum est, quod non possit sibi totidem nummos veteres comparare. Quidni possit, si eadem est æstimatio? Damnum diminutione patrimonii æstimatur *l. 3. ff. de damn. infecto*, non si lucro aliquo careat.

9 Postremo moveor exemplo Romanorum, quorum jure utimur. Mutatio intrinseca monetæ duobus modis contingere potest: nam potest minui pondus monetæ eadem materia retenta: potest eodem retento pondere ex viliore materia cudi. Utriusque mutationis in historia Romana habemus exempla. Plinius utriusque mutationis meminit *lib. 33. cap. 3. libræ autem pondus æris imminutum bello Punico. Primo, cum impensis Resp. non sufficeret, constituitque, ut asses sextantario pondere ferirentur. Ita quinque partes factæ lucri, dissolutumque æs alienum*, &c. *Postea Annibale urgente Q. Fabio Maximo Dictatore asses unciales facti, placuit denarium sexdecim assibus permutari*, &c. *Ita Resp. dimidium lucrata est. In militari tamen stipendio semper denarius pro decem assibus datus*, &c. *Mox lege Papiria semunciales asses facti. Livius Drusus in Tribunatu plebis, octavam partem æris argento miscuit.* En utramque mutationem. In his verbis plura sunt observanda. Primum, quod Resp. cum antea librales asses essent, duarum unciarum ponderis eos percussit, & dextantem lucrata, dissolvit æs alienum. Solvit igitur creditoribus eadem æstimatione asses sextantarios, cujus erant antea librales. Permisit igitur id & privatis debitoribus: alias captio fuisset. Secundo quod in altera assis diminutione aliquantulum diminuta fuit etiam assis æstimatio peræqua proportione ad sestertium, atque denarium. Nam cum prius sestertius duobus assibus cum dimidio, denarius decem assibus valeret; exinde coepit sestertius quatuor assibus, sexdecim denarius permutari. In se ipso tamen vilior fuisse non videtur: alioqui Resp. dimidium lucrata non fuisset. Ideo decem asses, quos pro diurno stipendio antea solvebat, deinceps quoque solvit, nec numerum auxit, licet auctus esset numerus assium, quos continebat denarius. Itaque vere non denarius exinde fuit stipendium militare, sed decem asses, quot in veteri denario continebantur. Et ita Plinius est intelligendus. Tacit. *lib. 1. annal. c. 17. Enim vero militiam gravem, infructuosam, denis in diem assibus animam & corpus æstimari.* Deinde: *Nec aliud levamentum, quam si militia certis sub legibus iniretur, ut singulos denarios mererent.* Seditiosi milites non contenti decem assium stipendio, flagitabant, ut ad denarium augeretur, videlicet usque ad sexdecim asses. Verum tamen denarius licet auctus assium numero, auctus pre-



Digitized by Google

tio non videtur fuisse. Argumento est, quod semper drachmæ Atticæ æqualis habitus fuit, ut constat, Latinos auctores cum Græcis conferendo. Tertio, quod cum lege Papiria asses facti essent semunciales diminuto pondere, nec eorum pretium fuit diminutum, nec auctus numerus assium, quibus valebat denarius, qui semper sexdecim assibus fuit æstimatus. Quarto, quod Livius Drusus etsi octavam partem æris argento miscuerit, non tamen sestertii ac denarii pretium minuit. In aureis quoque frequens, imo frequentior fuit mutatio. Plinius *lib.* 33. ex auri libra quadraginta aureos cusos fuisse refert, postmodum quadraginta quinque, si numeri corrupti non fuerint, ut putat Budæus. Constat sub primis Imperatoribus XLVIII. aut L. cudi solitum: postea sensim pondus adeo decrevisse, ut ex libra auri ferirentur solidi septuaginta duo. Hinc aurei Antoniniani, Valeriani, Philippei, Aureliani apud scriptores historiæ Augustæ, ut alii ab aliis distinguantur: quemadmodum etiam argentei, nempe denarii, his nominibus invicem secernuntur. In tanta pecuniæ mutatione nunquam legimus, neque apud Historicos, neque apud veteres Jurisconsultos disputatum, aut dubitatum fuisse, utrum in vetere, an in nova moneta solutio esset facienda. Sueton. *in Nerone c.* 44. *Exegitque ingenti fastidio, & acerbitate nummum asperum, argentum pustulatum, aurum obryzum, ut plerique omnem collationem palam recusarent, consensu flagitantes a debitoribus potius revocanda præmia, quæcumque cepissent.* Quid si debitores propter monetæ mutationem coacti fuissent, non ab Imperatore, sed a privatis creditoribus veterem monetam conquirere? quam vehementer reclamassent? quam obstinate recusassent? Nero non certam speciem monetæ exigebat: poterant solvere nummos æreos, argenteos, aureos: dum ærei essent asperi, hoc est, recens conflati, non usu detriti, alii ex argento, atque diligenter excocto, puroque, ut nihil esset admixtum; debitores autem ad certam speciem pecuniæ conquirendam fuissent adstricti. Sed nos hac de re certiores facit Sallustius *de Conjur. Catil. Sæpe maiores nostri miserti plebis Romanæ, decretis suis inopiæ eius opitulati sunt. Ac novissime memoria nostra propter magnitudinem æris alieni, volentibus omnibus bonis, argentum communi ære solutum est.* Non potest dubitari hic agi de debitoribus ex mutuo, cum paulo ante acriter questus sit de crudelitate foeneratorum. Hæc pluribus persecutus sum, quia quidam paucis verbis hoc argumentum eludunt, dicentes se non quærere, quid aliquando factum fuerit, sed quid fieri debeat ratione legis, & æquitatis, & legibus, non exemplis, esse judicandum. Quasi non legibus, & ratione cuncta confirmaverimus, sed Poetarum figmentis, & hoc postremum argumentum legibus non innitatur, sine quibus pecunia mutari non potest.

Verum enim vero ipsi, qui leges a 210
nobis exigunt, nulla lege fulciunt opinionem suam. Etenim *c.quanto de jurejur.* tam alienum est a nostra controversia, quam quod maxime. Quæsivi a S. P. Petrus Aragoniæ Rex, an posset, aut deberet reprobare falsam monetam Reip. damnosam, quam se minime reprobaturum juraverat. Quid hoc cum mutui solutione?

Nihil pariter momenti est in *c. olim* 211
20. *de Censib.* Clerici plebis Rupinæ solvebant Episcopo Spoletano quotannis sex denarios Papienses. Pro quolibet Papiensi coeperunt solvere tres Lucenses, qui erant ejusdem æstimationis, quos Episcopus non invitus accipiebat per text. *in l. creditorem* 99. *D. de solut.* Postmodum diminuto denariorum Lucensium pretio, adeo ut septem Lucenses cum dimidio conficerent æstimationem unius Pa-

Papiensis, prosequebantur Clerici solvere tres dumtaxat novos denarios Lucenses in singulos Papienses: reclamavit Episcopus: merito, quia non poterat cogi ad accipiendos nummos in aliam formam, cum ex eo damnum passurus est *d. l. creditorem*. Decrevit Summus Pontifex, solvendos esse quotannis sex denarios Papienses, vel eorum aestimationem. Denarii Papienses, qui debiti erant, mutati non fuerant, nec extrinsecus nec intrinsecus: itaque non hoc erat controversum, sed utrum Clerici praescripsissent jus solvendi tres denarios Lucenses pro uno Papiense, ut liquido constabit legenti totam constitutionem.

12 Non multo majoris momenti est argumentum, quod ducitur a *c. cum canonicis penult. de Censib.* nam in eo non exprimitur genus monetae, neque quod voluerint solvi monetam recens cusam. Colligi tamen potest ex *c. 3. antiqu. collect.* 2. relato ab Anton. August. quo idem omnino factum continetur, eademque decisio, cuncta iisdem fere verbis. Praesbiter pro pensione suae Ecclesiae aliquotannis persolvebat certam pecuniae summam: Canonici ab eo exigebant sibi ex integro solvi ex pecunia Parisiensi, quae majoris erat valoris: itaque volebant augere pensionem. Respondit Urbanus III. Canonicos illos antiqua pensione contentos esse debere. Nihil ad rem nostram. Nam id versabatur in quaestione, an obtentu pecuniae Parisiensis liceret Canonicis majorem pensionem exigere, quam initio fuisset constituta; & huc referuntur illa verba: *solutione prioris pecuniae, vel si non sit in usu, aestimatione pensionis antiquae facias manere contentos.* Videndi Anton. Aug. *d. collect.* 3. *c.* 3. & Gonsal. *in hoc c. penult.* qui hoc explicat accuratissime.

## CAPUT XIII.

### *Ad L. creditor 102. ff. de solution.*

### SUMMARIUM.

I *Debitor pecuniam offerens, purgat moram, & creditorem recusantem in mora constituit.*
II *Rei periculum pertinet ad creditorem. Hoc responsum singulare.*
III *Vulgaris DD. interpretatio rejicitur & n.* IV. V. VI.
IV *Scaevola diligentissimus in factis enarrandis, in responsis prudentissimus.*
V *Mora non committitur si oblatio vel interpellatio non fiat opportuno loco & tempore.*
VI *Mora, quae creditori non nocet multo minus debitori potest nocere.*
VII *Aestimatio vel quantitas perire non potest, quamvis corpus pereat; eaque semper debetur.*
IX *Non idem est in speciebus in quibus corpus non perit.*
X *Affertur ratio decisionis nostri textus.*

Difficilius est, quam plerique opinantur, Scaevolae responsum in *l. creditor* 102. *in princ. ff. de solut. Creditor oblatam a debitore pecuniam, ut aliam die accepturus, distulit.* Perspicuum est, creditorem in mora esse. Nam etsi debitor ante fuisset in mora, tamen offerendo pecuniam, purgat moram, & in mora constituit creditorem recusantem accipere pecuniam sibi oblatam, *l. illud* 17. *D. de peric. & comm. rei vend. l. qui decem* 72. *in princ. D. de solut. l. interdum* 73. *in fin. D. de V.O. l. sed etsi* 17. *D. de constit. pecun. l. hujusmodi* 84. §. *si cui homo, D. de leg.* 1. *l. stipulatus* 105. *D. de V. O.* His legibus illud etiam continetur, rei periculum ac detrimentum ad creditorem pertinere *l. in re furtiva* 8. *in princ. D. de condict. furt.* Contrarium tamen in hac lege respondit Scaevola, detrimentum non esse creditoris, si pecunia, quam debitor obtulit, postea jussu Praesidis tamquam aerosa fuerit sublata. Quam plurimi ex nostris aerosam vocant pecuniam 1 2

niam æream. Stulte. Pecunia ærosa est pecunia argentea, vel aurea, cui plurimum æris est admixtum. Plin. *lib.* 34. *cap.* 1. de ære conflando. *Fit & e lapide æroso, quem vocant cadmiam.*

3 Plerique omnes interpretes facillime ex his angustiis evadunt. Ajunt enim, debitorem non obtulisse pecuniam opportuno loco, & tempore. Mihi vero persuasissimum, eos hariolari, non legem interpretari. Nullum enim verbum est in lege, nulla conjectura, unde hoc assequi possimus. Imo omnia conspirant, ut contra, ac dicunt, sentire nos co-

4 gant. Scævola, qui coryphæus legum prudentum a Modestino appellatur in *l. scire oportet* 13. §. *aliud D. de excus. tut.* & prudentissimus ab Imperatoribus in *C. Theod. tit. de test. l.* 3. diligentissimus est, & profusus in factis enarrandis, & nihil unquam omittit, quod ad solvendam propositam quæstionem conducere possit: expositoque facto secundum ea, quæ proponuntur, respondet, quid juris sit. Quod si de facto dubitetur, nihil definit: sed respondet de jure non quæri, ut in *l. Sejæ* 20. *in fin. ff. de inst. vel instrum. legat.* vel facti quæstionem esse. Profecto quicumque consuetudinem respondendi a Scævola semper usurpatam observaverit, non poterit in animum inducere Scævolam in hac lege factum omisisse, ex quo tota causa, & quæstionis resolutio pendet: eo magis, quia nec id quæstionis esset, cum cer-

5 tum sit moram non committi, si interpellatio, & oblatio non fiat opportuno loco, & tempore *l. mora* 32. *ff. de usur.* justa enim dilatio non inducit moram, nec periculum transfert *l. sciendum* 21. *cum seq. ff. de usur. l. si pupillus* 127. *ff. de V. O. l. cum filiusfam.* 49. §. *ult. ff. eodem.* Num igitur Scævolæ existimationi audemus illudere cum Claudio in *l. a testatore* 109. *ff. de condit. & dem.* *Magno ingenio de jure aperto respondit, cum potest dubitari an in proposito conditio esset?* Ego certe hoc facere non ausim. Quinimo Claudium sine causa Scævolam puto reprehendisse: eum enim respondit: *hæredem conditioni parere non posse*: hoc ipso declarat, verba exposita conditionem facere.

Sed omnem tollunt dubitationem postrema responsi verba: *Respondi secundum ea, quæ proponerentur, nec creditoris, nec tutoris detrimentum esse.* Quid proposuit de creditore? Nempe hoc dumtaxat: creditor oblatam sibi a debitore pecuniam, ut alia die accepturus, distulit. De inopportuno loco, & tempore ne verbum quidem. Temere igitur affirmant, Scævolam respondisse de pecunia oblata tempore aut loco inopportuno. Si hac de re respondit, utique non respondit secundum ea, quæ proponerentur, quia hæc ibi non proponuntur. Aut igitur falsum est, quod ait Scævola, aut id, quod ajunt interpretes. Constat ergo, Scævolam respondisse simpliciter & absolute de creditore, qui, ut alia die accepturus, distulit: hoc enim initio legis decidendum proponitur. Et observandum est, quod creditor non distulit, ut alio loco acceptarus, quamobrem fictum est & commentitium, quod de loco inopportuno somniant interpretes. Item quod non distulit, ut accepturus die conventa, & 6
condicta, sed alia die: quæ verba nullum certum diem præstituunt ac definiunt, ut norunt omnes latine scientes: & ita usurpatur in legibus nostris *l. cum alii C. de curat. fur. l. invitus* 156. §. *cum quis ff. de R. J. l. si fundum* 18. §. *si libertus ff. de leg.* 2. Veteres autem JC. cum de periculo & detrimento rei debitæ pertractant, semper exprimunt diem conventum, præstitutum solutioni, ut in *l. vinum* 22. *vers. si dictum, ff. de reb. cred. l. ult. ff. de condict. tritic. l. magnam C. de contr. stipul. l. qui sine* 38. *ff. de negot. gest.*

His probatis consequens est nec debitori moram nocere, argumento *l. Arrianus* 47. *ff. de O. & A. l.* 3. *in fin. ff. mand.* Nam si mora non nocet creditori, multo minus nocere debet debitori;

P

Digitized by Google

tori: si non nocet actori, multo minus reo: est enim hæc quæstio de bono & æquo, *l. si servum 91. §. sequitur ff. de V. O. l. apud 4. §. Marcellus 3. ff. de dol. mal. & met. except.* Magis excusandus est debitor, qui interpellatus non solvit, vel quia in promptu pecuniam non habet, vel quia propter inopiam parare non potest *l. nam 6. ff. de dol. mal.* quam creditor, qui oblatam sibi pecuniam recusat accipere.

Jam vero causam, cur id constitutum fuerit in pecunia numerata, quam potero planissime, aperiam. Illud ratum, firmum, fixumque esse oportet, quod in superioribus semper insinuavimus, nummos in contractum mutui, non ratione corporis, sed æstimationis, & quantitatis deduci ex *l. 1. ff. de contrah. empt.* Quocirca id, quod debetur, perire non potest, atque adeo nec liberari debitor
8 ab obligatione *l. si ut certo 3. §. etsi forte ff. commod. l. plerumq. 10. in princ. D. de jur. dot.* Potest quidem perire corpus nummorum, potest etiam perire totum genus certæ cujusdam pecuniæ, ut in nostra *Leg. Creditor*, ubi pecunia illa, qua Respublica utebatur, quasi ærosa sublata fuit jussu Præsidis: sed æstimatio quam debet mutuatarius, neque perire potest, sed nec variare, cum ab initio contracta fuerit obligatio in certa æstimatione, quæ non est affixa huic, vel illi generi monetæ, adeoque ea perempta, vel mutata possit, ac debeat in alio genere monetæ solvi ea æstimatio, de qua initio convenit inter contrahentes *l. fundum 28. D. de*
9 *novat. c. cum canonicis de Censib.* Frumenti, vini, olei genus perire non potest, quia est a natura, quæ immutabilis est: neque harum rerum certa est æstimatio, quia mutatur in dies; neque in obligationem deducuntur ratione æstimationis, sed corporis. Idcirco frumentum pro frumento, vinum pro vino, oleum pro oleo restituendum *l. 2. §. 1. D. de reb. cred.* & si post moram creverit, vel decreverit æstimatio, id cedit damno moram facientis, & alterius emolumento, secundum pervulgatam regulam: unicuique sua mora nocere debet *l. in condemnatione 173. §. unicuique D. de R. J.* Quamobrem ut constet, an ex mora quisquam damnum patiatur, æstimanda res est eo modo, qui traditur in *l. vinum 22. D. de reb. cred.* in *l. ult. D. de condict. tritic.* in *l. si sterilis §. cum per venditorem D. de act. empt. l. 3. §. in hac D. commod.* Hæc autem locum non habent in pecunia numerata, cujus certa est, & a lege præscripta æstimatio *l. 3. D. de in lit. jur.* atque ideo ad eam restituendam mutuatarius obligatur, & eodem modo tenetur post moram, quo ante moram tenebatur. Debitor enim post moram, etiamsi fur sit, tenetur in æstimatione rei, si periit *l. in re furtiva 8. in prin. D. de condict. furt.* Mutuatarius autem 10
pecuniæ in æstimationem tenetur etiam ante moram, ut in superioribus demonstravimus. Nihil igitur ei officere mora potest. Nec potest teneri ad id, quod interest, cum nihil intersit creditoris, qui recipit æstimationem, quam dedit *d. l. 3. D. de in lit. jur.* Quapropter sive perempta & sublata fuerit pecunia, sive vilior facta, nullum damnum patitur, cum ei solvitur æstimatio, quæ ipsi abest. Nec allegare potest, se potuisse lucrum facere negotiando: hoc enim in mora non æstimatur *l. si sterilis §. cum per venditorem ff. de act. empt.* Eadem est ratio creditoris, cui salvum semper est jus suum, sive intereat pecunia, sive deterior fiat tam ante, quam post suam moram, quia non interit, aut fit deterior res debita, cum ei non debeatur hoc, vel illud nummorum genus, qui perierunt, aut deteriores & viliores facti sunt; sed certa æstimatio, certa quantitas, quæ tempore interire, ac mutari non potest. Concludam igitur. Omnes controversiæ, quæ existunt propter interitum, mutationemque monetæ,

Digitized by Google

ta, facillime explicantur, & expediuntur, si illud firmum, fixumque teneamus, mutuatarium teneri ad restituendum tantumdem æstimationis, non tantumdem corporis, & materiæ.

## CAPUT XIV.

### *Ad l. qui servum 34. D. de oblig. & action.*

### SUMMARIUM.

I *Dissidium veterum ICtorum circa concursum actionum pœnalium.*
II *Quid obtinuerit.*
III *Hujus dissidii in Pandectis multa vestigia.*
IV *Collidi inter se actiones pœnales, tradit Modestinus & Paulus.*
V *Ulpiani sententia probatur.*
VI *Ex unico facto plures pœnæ luendæ, si plura delicta contineat.*
VII *Idem est, si unicum factum plures contineat injurias*
VIII *Alia est æstimatio damni, alia contumelia.*
IX *Explicatur L. 8. de injur.*
X *In quo vere Paulus ab Ulpiano dissenserit.*
XI *Quomodo conciliari possint.*
XII *Utraque actione nos experiri posse, quomodo intelligatur.*

1 NOn potest dubitari, varias, ac dissidentes fuisse veterum Jurisconsultorum opiniones circa concursum actionum poenalium, ac mixtarum: an se invicem eliderent, atque consumerent. Hac de re dubium controversumque jus fuisse fatetur Paulus in hac Lege in principio, ubi varias recenset opiniones. Luculentior testis est Hermogenianus in *l. cum ex uno 32. D. eod. Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit, cum arbores furtim cæsæ dicuntur, omnibus experiri permitti post magnas varietates obtinuit.* Demonstrant hæc verba diu multumque sententiis fuisse variatum apud antiquiores Jurisconsultos. Cum autem Hermogenianus floruerit imperante Diocletiano, videlicet multo post Paulum & Ulpianum, & alios ejus sæculi Jurisprudentes, ambigendum non est, eo sæculo auctores juris in magna varietate, ac dissensione fuisse; tandem vero obtinuisse sententiam eorum, qui existimabant permittendum esse actori omnibus actionibus experiri. Atque 2
id approbavit legislator noster *in l. si quis servo 20. C. de furt.* & in *§. ult. instit. tit. si quadrup. pauper. fec. dic.* in quo unicum est factum & unicum delictum, & tamen utraque actio potest exerceri, utraque poena exigi. Licet enim duo facta videri possint, duo delicta: alterum detinendi animal noxium, qua vulgo iter fit, quod edicto ædilium prohibetur: alterum nocendi, & damnum dandi: tamen unicum est delictum damni dati, quia tam lege duodecim tabularum, quam ædilitio edicto, punitur solummodo damnum datum ab animalibus *l. qua vulgo 32. ff. de ædilit. edict.*

Verumtamen quamvis jamdiu fuisset 3
explosa sententia eorum, qui putabant actiones invicem collidi, atque consumi, tamen juris nostri conditores multa in Pandectis hujus dissidii vestigia reliquerunt. Modestinus enim in *l. plura delicta 53. D. de oblig. & action.* contra sentit. *Plura delicta in una re plures admittunt actiones, sed non posse nos omnibus uti probatum est: nam si ex una obligatione plures actiones nascantur, una tantummodo, non omnibus utendum est.*

Paulus quoque in nostra *l. qui ser-* 4
*vum 34. in princ. ff. de obl. & action.* proponit servum alienum injuriose verberatum, & ait competere quidem utramque actionem, & injuriarum, & legis Aquiliæ: an autem altera alteram consumat, duas refert opiniones, ac neutram probat, statuitque alteram quidem actionem ab altera non excludi, sed actorem posteriore actione id tantummodo, quod in ipsa amplius est, consecuturum.

Contra Ulpianus in *l. item apud La-* 5
*beonem 15. §. si quis servo 46. D. de-*



in-

*injur.* idem factum proponit, & multo aliter respondet: ait enim: *Si quis servo verberato injuriarum egerit, deinde postea damni injuriæ agat, Labeo scribit eamdem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam.* Quasi dicat non eamdem rem petere, aut exigere, qui post injuriarum actionem agit ex lege Aquilia: adeoque non facere contra dispositionem textus in *l. bona fides ff. de R. J.* ad cujus normam dirigenda est tota ratio harum actionum in judicium deducendarum: & recte quidem, ut mea fert sententia. Quid enim commune habet contumelia cum damno? Dominus servi duplex incommodum sustinet, detrimentum existimationis, & damnum rei familiaris. Quid causæ est, cur non utrumque ei sarciri, ac refici debeat? Injuriose verberans servum alienum duo delicta committit inter se distincta, ac separata: lædit existimationem domini, lædit & ejus rem familiarem in corpore servi facto deteriore: quidni igitur subeat poenam utriusque delicti? cur delictum ei præstare debet impunitatem alterius delicti? Neque hæc duo delicta inter se miscentur, & confunduntur. Si injuriam servo fecisset, solveret integram æstimationem injuriæ, & contumeliæ domino illatæ, quamvis servi corpus nulla in parte læsisset. *l. item apud Labeonem §. itaque prætor 44. cum §. antec. ff. de injur.* Si damnum culpa sua dedisset in corpore servi sine ulla domini injuria, integrum damnum sarcire teneretur: *l. si quis servum 27. §. tertio autem capite ff. ad Leg. Aquil. §. illud palam instit. tit. eod.* Ergo & si hæc duo delicta simul conjunxerit, utriusque poenam debet persolvere; delictum enim non minuit aliud delictum *l. 2. ff. de privat. delict.*

6 Quid? quod explorati juris est, quod quoties unum idemque factum duo delicta diversa, atque distincta comprehendit, reus tenetur utriusque delicti poenam persolvere. Ulpianus in *l. Neratius §. quamvis ff. de servo corrupt. Quamvis autem rerum subtractarum nomine servi corrupti competat actio, tamen & furti agere possumus, ope enim & consilio sollicitatoris videntur res abesse: nec sufficit alterutra actione egisse, quia altera alteram non minuit.* Unicum est factum sollicitationis, sed duo continet delicta, quibus dominus damno afficitur: furtum rerum, & servi corruptelam; igitur utriusque poenam reus persolvat necesse est. Quas poenas persolvere debet, etiamsi vere neque servus fuerit corruptus, neque furtum admissum *l. si quis servo 20. C. de furt. §. sed etsi instit. tit. de obligat. quæ ex quasi delict. nasc.*

Idem Ulpianus in *l. qui servandarum §. 1. ff. de præscrip. verb. Sed etsi servum quis alienum spoliaverit, isque frigore mortuus sit: de vestimentis quidem furti agi poterit: de servo vero in factum agendum; criminali pœna adversus eum servata.* Et hic est unicum factum spoliationis, duo vero delicta, furtum, & homicidium.

Papinianus in *l. inter liberas 6. in princ. ff. ad Leg. Jul. de adulter. Quod autem attinet ad servas stuprum passas, & Legis Aquiliæ actio facile tenebit, & injuriarum quoque competit, nec erit deneganda quoque Prætoria actio de servo corrupto, neque propter plures actiones parcendum erit in huiusmodi crimine reo.* Unico facto tria delicta continentur, injuria, damnum, ancillæ corruptela: & singula detrimentum domino afferunt, & ideo omnium poenam debet consequi dominus. Concurrit hic actio Legis Aquiliæ cum actione injuriarum, nec altera alteram minuit, nisi quis dicat hoc evenire propter atrocitatem criminis: ibi: *in huiusmodi crimine.* Sed hoc addit Papinianus ad confirmandam sententiam, & tollendam omnem dubitationem; non quod id sit in hoc crimine singulare. Ut enim si eodem facto duo



Digitized by Google

duo crimina contineantur, super utroque debet judex cognoscere, & de utroque sententiam ferre, ac reum condemnare *l. qui de crimine 9. C. de accusat.* ita & in privatis delictis, in quibus pariter est constitutum, ut delictum ob aliud delictum poenam non minuat, *l. 2. in princ. ff. de privat. delict.*

7 Nec aliter est constitutum in delicto injuriarum. Nam si ex unico facto duæ pluresve promanent injuriæ, omnes vindicandæ, omnium poena subeunda, etiam si ejusdem generis sint delicta. In *l. 1. §. ult. ff. de injur.* Ulpianus. *Idem ait Neratius: ex una injuria interdum tribus oriri injuriarum actionem: neque ullius actionem per alium consumi, ut puta, uxori meæ, filiæfamilias injuria facta est: & mihi, & patri ejus, & ipsi injuriarum actio incipit competere.* Idem Neratius in *l. pater 42. ff. eod. Pater, cujus filio facta est injuria, non est impediendus, quominus duobus judiciis & suam injuriam persequatur, & filii.* Addit Justinianus in *§. patitur inst. tit. de injuriis*, aliquando quatuor personis ex una injuria oriri actionem injuriarum: nam si maritus cujus uxori facta est injuria, sit in potestate patris, etiam ipse pater mariti seu socer filiæfam. cui allata est injuria, habet actionem injuriarum.

8 Neque ullius momenti est ea ratio, quam refert Paulus in laudata *l. qui servum. Quoniam desiit bonum, & æquum esse, condemnari eum, qui æstimationem præstitit.* Quam enim æstimationem præstitit? nempe damni, non injuriæ: alia autem est æstimatio damni, alia contumeliæ. *l. item apud Labeonem, §. si quis servo, ff. de injur.* Imo nihil commune habet æstimatio damni cum æstimatione injuriæ. In damno æstimatur, quantum res ipsa, in qua damnum datum est, deterior facta est; & hæc æstimatio semper eadem est, neque crescit, aut decrescit pro conditione domini, qui damnum passus est. *§. capite tertio cum seq. inst. tit. de Lege Aquil. l. si servus. 27. §. tertio autem ff. eod.* In injuria autem æstimatur detrimentum æstimationis domini, & hæc æstimatio non in omnibus dominis eadem est, sed crescit pro conditione, ac dignitate dominorum; imo & pro conditione ejus, qui injuriam intulit, & pro qualitate ipsius servi. *§. pœna in fin. & §. atrox instit. tit. de injur.* Damnum æstimatur secundum veritatem, injuria secundum opinionem, & æstimationem ejus, qui injuriam passus est. *d. §. pœna*, nam damnum in re, injuria in opinione consistit. Quæ igitur ista æquitas est, ut qui præstitit æstimationem alterius omnino diversæ, non debeat alterius æstimationem 9 præstare? Multo rectius igitur responderunt Imperatores Diocletianus, & Maximianus in *l. dominum 8. C. de injur. Dominum pro atroci injuria, quam servus ejus passus est, edicti perpetui actione proposita, qua damni etiam haberi rationem, verbis evidenter exprimitur, agere posse convenit.* Vix admitti posse videtur edicto nominatim fuisse comprehensum, ut in actione injuriarum damni etiam ratio haberetur. Quid est enim, quod quidam putabat eum, qui agit injuriarum, posse postea agere actione legis Aquiliæ: contra vero qui agit actione legis Aquiliæ, non posse postea agere injuriarum? Si illud fuisset expressum in edicto, contrarium potius fuisset statuendum: nec poterant in controversiam vocari, quæ disputat Paulus in nostra *lege, qui servum 34. in princ.*

Ex his eo certius apparet verissimum esse, quod tradidit Ulpianus in laudata *l. item Labeo §. si quis servo ff. de injur.* nempe quod in actione injuriarum, qua agit dominus pro injuria facta servo, duæ fieri debent æstimationes, altera damni, altera contumeliæ: non exigit eamdem rem, qui utrumque exigit. Itaque meo judicio ita se res ha-

habet. Cum solum atrox verberatio servi redundet in contumeliam domini, & pro ea vindicanda injuriarum actionem habeat. §. *servis instit. tit. de injur. l. item apud Labeonem* §. *prætor ait: qui*, 34. *ff. de injur.* & injuria erescat ex atrocitate damni, ex conditione servi pulsati aut verberati. §. *pœna, instit. tit. de injur.* vix fieri potest justa, ac legitima injuriæ æstimatio, nisi simul fiat æstimatio etiam damni. Cum igitur hæ duæ æstimationes sint adeo inter se conjunctæ atque connexæ, judex utriusque rationem habere debet, petente id actore, cujus plerumque non interest postea rursus novum judicium instituere, & agere actione Legis Aquiliæ. Quamobrem si actor cavere paratus sit, se postea Legis Aquiliæ actione non acturum, judex in utramque æstimationem debet reum condemnare. *l. si a domino* 36. §. *si possessor ff. de pet. hered.* Ibi: *Pomponius ait actorem debere eligere, utrum velit sibi eum condemnari, ut caveat se non acturum lege Aquilia, an malit integram sibi esse actionem legis Aquiliæ, omissa ejus rei æstimatione a judice.* Et in *l. non solum* 13. *cum seq. ff. de rei vindic. Unde quæritur, an non alias judex æstimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliæ: & Labeo putat, cavere petitionem oportere lege Aquilia non acturum, quæ sententia vera est. Quod si malit actor potius actione legis Aquiliæ uti, absolvendus est possessor.* Facit *text. in l. unde quæritur* 7. §. 1. *vers. nam etsi adversus, ff. commod.* Prætor igitur edicto cavebat, ut si actor mallet in ipso injuriarum judicio damnum æstimari, quam postea agere Lege Aquilia, posset id consequi; nam & de damno formulam præscriptam habebat, ad quam litem accomodabat. Eleganter Cic. *in Oratione pro Roscio Comœdo. Expressæ sunt enim ex uniuscujusque damno, dolore, incommodo, calamitate, injuria publicæ a Prætore formulæ, ad quas privata lis accommodatur.*

Et hanc esse germanam sententiam Cæsarei rescripti in laudata *l. dominum, C. de injur.* nullus dubito: cui non adversantur ea quæ traduntur a Paulo in nostra *l. qui servum in princ.* de danda actione Legis Aquiliæ post actionem injuriarum. Prætor enim jubebat æstimari damnum in judicio injuriarum, ejusque rationem haberi volente actore: cæterum si actor ex causa damni mallet agere actione Legis Aquiliæ, & novo judicio damnum persequi, id Prætor minime prohibebat. In eo fuit nimio 10
plus lenior Paulus, quod putavit, reum non in utramque æstimationem condemnandum, sed solum in id, quod amplius est in actione Legis Aquiliæ, qua in re ab aliis, ac præsertim ab Ulpiano dissensisse non ambigo, qui duas æstimationes faciendas esse statuit, unam damni, alteram contumeliæ, tum in laudata *l. item apud Labeonem* §. *si quis servo ff. de injur.* tum in *l. sed etsi quæcumque* 5. §. 1. *ff. ad leg. Aquil.* cujus sententiam probarunt Imperatores in laudata *l. dominum, C. de injur.*

Verumtamen quoniam jus nostrum 11
contrariis, & pugnantibus legibus conflatum esse non debet, malo nimis ingeniosus in interpretando videri, quam minus religiosus in affirmando, contraria Jurisconsultorum responsa Pandectarum conditores ingessisse. Tentari igitur potest, non diffidere Paulum, & Ulpianum: licet enim in actione injuriarum facienda sit æstimatio tum contumeliæ, tum etiam damni dati in corpore servi, & utriusque ratio habenda sit a judice, laudata *l. dominum C. de injur. l. item apud Labeonem* §. *si quis servo D. de injur. l. sed etsi* 5. §. 1. *ff. ad Leg. Aquil.* tamen damnum cujusmodi est vere, ac sine additamento æstimatur, ut in actionibus rei persequutoriis, de quibus paulo ante dictum: non vero juxta computationem Le-

Legis Aquiliæ. Itaque si prius agatur actione injuriarum, nec renuncietur actioni Legis Aquiliæ, & in actione Legis Aquiliæ sit aliquid amplius, quam in æstimatione veri damni, quam consequutus est actor priore actione, poterit agere ex Lege Aquilia, ut quod in ejus æstimatione amplius est, consequatur. Item si judex in æstimationem damni non condemnaverit, agi poterit actione Legis Aquiliæ, ut integra æstimatio damni præstetur; tantumdem enim amplius est hoc casu in actione Legis Aquiliæ, quam in actione injuriarum, in qua damni nulla fuit habita ratio. Quod si prius egerit actione Legis Aquiliæ, postea agens actione injuriarum, æstimationem contumeliæ consequetur. Nam æstimatio contumeliæ non continetur in æstimatione damni: idcirco hoc ipsum amplius est in actione injuriarum quam in actione Legis Aquiliæ.

12 Si cui minus arrideat hæc interpretatio, dicat oportet, faciendam esse utriusque tum damni, tum contumeliæ æstimationem, & utramque peti posse, non ut utramque actor consequatur, sed ut constet, quæ sit plenior, ac pinguior æstimatio, ut in eam reus condemnetur: & si condemnatus fuerit in minorem ac tenuiorem, rursus condemnetur in id, quod superest, & amplius est in majore, ac pleniore *l. quoties §. 1. ff. de oblig. & action.* Quod enim sæpe traditur in jure nostro utraque actione nos experiri posse, vel postquam una actum fuit, alteram salvam remanere, non significat nos quicquid utraque continetur consequi posse, sed quod in altera amplius est. Patet id conferendo textum *in l. 1. cum l. pen. ff. arborum furt. cæsar.* & observando, quod utraque lex est ab eodem Paulo deprompta. In *l. pen.* ait quod si actor egerit actione Legis Aquiliæ, salva remanet actio ex lege duodecim tabularum. In *l. 1.* idem ait, ita utramque dandam, ut judex ex posteriore deducat id quod ex prima consequutus sit, & in reliquo condemnet. Atque ita Paulus conciliandus est cum Hermogeniano in *l. cum ex uno ff. de obl. & act.* Neque enim actio actionem consumit, sed utraque locum habet *§. ult. instit. tit. si quadr. pauper. fec. dic.* utraque potest in judicio exerceri: utraque possumus petere totum id, quod ea actione continetur: sed ad officium judicis pertinet, judicis partes sunt, ut ex altera deducat id, quod altera consequutus est actor: & si prius pleniore actione actum fuerit, postea minus plena, vel æque plena, reum non condemnet, sed absolvat, *l. quoties §. 1. ff. de oblig. & action. l. 1. ff. arbor. furt. cæsar.* Et hoc est fortasse, quod dixit Modestinus in laudata *l. plura delicta, ff. de oblig. & act.* una tantum nos uti debere, referendo id potius ad effectum & exitum, quam ad potestatem exercendæ actionis secundum id, quod traditur in *l. nihil interest 112. ff. de reg. Jur.* nihil enim interest, quis actione non utatur, an utatur ea, qua nihil consequi poterit. Imo nonne fatuus erit actor, qui cum possit actione pleniore agere, & uno judicio totum consequi, malit duo judicia exercere, quibus nihilo plus consequi possit, quam uno tantum.

CAPUT

# CAPUT XV.

## *Ad eamdem L. qui servum 34. §. ult. ff. de obl. & act.*

## SUMMARIUM.

I *Post actionem commodati an maneat actio Legis Aquiliæ: duplex Lectio textus.*
II *Ostento simplo per unam actionem, id, quod plus est, per aliam obtineri non potest.*
III *Exemplum concurrentium actionum a veteribus sæpissime proponitur in Lege Aquilia, & quare.*
IV *Paulus Ulpiano, & Gaso contrarius.*
V *Proponitur ratio eos simul conciliandi.*
VI *Electa actione Legis Aquiliæ tolluntur aliæ rei persecutoriæ.*
VII *Electa actione rei persecutoria, in ea damnum æstimari æquum est, ut renuncietur actioni Legis Aquiliæ.*
VIII *Expenditur textus juxta Lectionem Florentinam.*
IX *Desideratur optimorum Codicum fides pro Lectione* non remanere.

1 RUrsus nobis res est cum Paulo quoad responsum ejus in eadem *l. qui servum 34. §. ult. D. de obl. & act.* cujus finem utro modo legas, in maximas difficultates incurres. Nam si legas, *non remanere*, pugnat Paulus cum omnibus aliis Jurisconsultis: Si vero legas *remanere*, pugnat ipse secum, sibique non constat, & ratio est contraria dicto. Verba Legis hujusmodi sunt: *& quidem post Legis Aquiliæ actionem utique commodati finientur: post commodati, an Aquiliæ remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur: sed verius est, remanere, quia simplo accedit, & simplo subducto locum non habet.* Agit hic Paulus de commodatario qui rupit vestimenta commodata, adversus quem commodator habet cum actionem commodati, tum actionem legis Aquiliæ: ac de eodem agit Ulpianus in *l. Unde quæritur 7. in fin. ff. commod.*

Si legas *non remanere*, non potuit 2 planius explicare sententiam suam Paulus. Cum enim id, quod est in repetitione triginta dierum, accedat simplo, subducto simplo, quod consequutus est actor actione commodati, amplius peti non potest: sublato enim principali non subsistit accessorium *l. cum principalis D. de reg. Jur.* Apparet hoc in usuris ex mora debitis, quæ cum sint accessio sortis, amplius peti non possunt, si reus ad solvendam sortem fuerit condemnatus *l. 4. C. depos. l. in bonæ fidei 13. C. de usur.* ac multo minus si sors fuerit exsoluta. *l. qui per collusionem 49. §. 1. D. de action. empt.* sive alio modo sublata sit actio sortis. *l. eos in princ. C. de usur.* Atque hoc eo certius est in proposita specie, quia quod amplius est in repetitione triginta dierum, non est quid distinctum ac separatum a damno, quod actione commodati consequutus est actor; sed cum eo est adeo conjunctum atque connexum, ut constituat unum idemque damnum, licet paulo plenius ac pinguius. Nam in utraque actione damnum, quod passus est commodator, æstimatur: in actione commodati æstimatur, quanti est in præsens; in actione Legis Aquiliæ, quanti pluris fuit triginta diebus proximis: atque adeo eadem est æstimatio damni plerumque quidem æqualis, interdum vero aliquanto major æstimatio, quæ fit ex Lege Aquilia. Vix est igitur, ut possit id, quod pluris est, a toto damno separari, eoque præstito peti aut deberi. Facit ad rem optimum Labeonis responsum in *l. Labeo 17. ff. quem. servit. am.* Non alia de causa existimaverim, 3 veteres Jurisconsultos, cum agunt de actionibus mixtis, quæ cum aliis confligunt & colliduntur, sæpissime uti exemplo actionis Legis Aquiliæ: nam in actione vi bonorum raptorum & ejusmo-

modi cæteris, res est multo expeditior, cum in iis poena distincta sit a simplo. Ac si obligatio ex Lege Aquilia non esset omnino distincta ab obligatione commodati; utique actio Legis Aquiliæ non remaneret *l. plura delicta versic. nam si ex una ff. de oblig. & act.* aut si actione Legis Aquiliæ quis peteret solum residuum, quod superest, detracto damno præsenti, quod obtinuit actione commodati: hoc enim subducto simplo locum non habet, ut recte respondit Paulus, quia simplo accedit, & cum eo ita commixtum est & insitum, ut unum constituat.

4 Sed hac lectione admissa confligit Paulus cum Ulpiano *in l. unde quæritur 7. in fin. ff. commod.* & *in l. 2. §. quæsitum ff. de privat. delict.* Sed hoc minime mirum esset; Paulum enim ab Ulpiano dissensisse hac in re supra animadvertimus. Sed in eadem sententia videtur fuisse Gajus in *l. in rebus 18. §. commod. Sive autem pignus, sive commodata res, sive deposita, deterior ab eo qui acceperit, facta sit; non solum istæ sunt actiones de quibus loquimur, verum etiam Legis Aquiliæ: sed si qua earum actum fuerit, reliquæ tolluntur*. Nihil clarius. *Si qua earum fuerit*: nempe aut pignoratitia, aut commodati, aut depositi: ergo actio commodati & aliæ similes rei persequutoriæ consumunt ac tollunt actionem Legis Aquiliæ. Idem tamen Gajus in *l. penult. ff. de vi bonor. raptor.* contrariam sententiam amplecti videtur: hæc enim actio habet poenam distinctam a simplo, nempe a re rapta, nam triplum, quod poena est, cum simplo non confunditur. Iniquum igitur esset raptorem delicti poenam non persolvere *l. ita vulneratus 51. ff. ad Leg. Aquil. l. si a reo 70. §. ult. ff. de fidejus. l. Stichum 95. §. 1. vers. sane ff. de solut.* Hoc autem in l. Aquilia non est adeo expeditum, cum in ea plerumque poena confundatur cum ipsa re: quod non ita esset, si actori aliquod damnum extrinsecus accidisset, veluti si ob mortem servi legatum, vel hereditatem amisisset, ut in laudata *l. ita vulneratus ff. ad Leg. Aquil.*

Verumtamen, ut Paulum cum Ulpiano conciliemus, dici potest, in nostra *l. qui servum §. ult.* Paulum solummodo quærere, an post commodati actionem remaneat actio Legis Aquiliæ in eo quod in repetitione triginta dierum amplius est: hæc enim sunt ipsa Pauli verba. Rectissime autem respondet in hoc *non remanere*, quia simplo accedit, & simplo subducto locum non habet. Non poterit igitur actor post commodati actionem intendere, ut sibi præstetur, quod amplius est in repetitione triginta dierum: sed agere debebit simpliciter actione Legis Aquiliæ, ut sibi damnum sarciatur, & probato damno debebit illud æstimari, prout æstimatur in Lege Aquilia: judex tamen ex hac æstimatione damni deducere debebit æstimationem, quam actor obtinuit actione commodati, & in reliquum condemnare, *l. 1. ff. arbor. furt. cæsar. l. quoties 41. §. 1. ff. de obl. & act.* Quantum autem attinet ad Gajum in *l. in rebus 18. §. 1. ff. commod.* tentari potest, verba illa: *Si qua earum actum fuerit, aliæ tolluntur*, referenda esse ad actionem Legis Aquiliæ, de qua in postremis verbis, quæ hæc antecedunt, egerat: quasi dicat: sed si hac actum fuerit, hoc est, actione Legis Aquiliæ, tolluntur aliæ, videlicet actiones depositi, commodati, pignoris, de quibus paulo ante egerat. Nam si verba illa generaliter accipiamus de quacumque actione, vel depositi, vel commodati, vel pignoratitia, absurde dicitur, quod aliæ tolluntur. Nam tollitur tantummodo una Legis Aquiliæ actio, Si depositi egeto, tollitur solum Legis Aquiliæ actio: idem si egeto commodati vel pignoratitia: actio Legis Aquiliæ cum omnibus aliis concurrit; contra vero

5



Digitized by Google

aliæ concurrunt cum sola Legis Aquiliæ actione: ideoque actio Legis Aquiliæ tollit omnes alias; aliæ vero non possunt tollere nisi unam Legis Aquiliæ actionem. Igitur Gaji sensus est, quod cum actione depositi, cum actione commodati, cum actione pignoratitia concurrit etiam actio Legis Aquiliæ, ita tamen ut si hac actum fuerit, illæ tollantur.

6 Quod si cui nimis violenta videatur hæc interpretatio, dici potest, quod si una actum fuerit, aliæ tolluntur quoad rei persecutionem, non quoad damnum, ut indicatur in *l. sed actione 50. in fin. ff. pro soc.* quia utraque actio ad rei persecutionem respicit. Res igitur ita habet. Si actor prius egerit actione Legis Aquiliæ, tolluntur aliæ rei persequutoriæ, quia rem ipsam consequutus est, nec bona fides patitur, ut eamdem rem bis exigat *l. nemo ex his 43. §. 1. ff. de reg. jur.* si vero noluerit agere actione Legis Aquiliæ, sed elegerit actionem rei persequutoriam, vel quia actio Legis Aquiliæ pinguior non sit, ut plerumque accidit, vel quia non possit probare damnum injuria datum ab ipso reo, ut requiritur in actione Legis Aquiliæ, *toto tit. instit. de Lege Aquilia*: vel quia plus dispendii habitura sit hæc probatio quam compendii actio ipsa: tunc electa actione persequutoria, si petat in ea damnum æstimari, æquum est, ut renunciet

7 actioni Legis Aquiliæ, idque officio judicis continetur *l. si a domino 36. §. si possessor ff. de petit. heredit. l. non solum 13. cum l. seq. ff. de rei vindicat. l. si merces 25. §. ipse quoque ff. locat. l. unde quæritur 7. §. 1. versic. nam etsi adversus ff. commod.* Quod si adversarius id non petat, aut ipse adversario petente nolit cavere, se non usurum actione Legis Aquiliæ, poterit ad hanc confugere, ita tamen ut ea agendo hoc minus consequatur, quam consequutus est actione persequutoria, ut recte traditur ab Ulpiano in laudata *l. unde quæritur in fine ff. commod.* Tollitur igitur actio Legis Aquiliæ per actionem rei persequutoriam non ipso jure, sed ope cautionis ab actore præstandæ, quam utique subterfugere non debet actor, cum etiam ejus intersit, unico judicio rem terminare, maxime quia potest eligere actionem Legis Aquiliæ, si putet eam sibi magis expedire. Et hac ratione non semel traditum est, eum una actione contentum esse debere, ut in *l. sed etsi 18. ff. ad Leg. Aquil.* in *l. si vulneraverit 45. ff. locat.* in *l. sed actione 50. ff. pro soc.* idque officio judicis contineri. *d. l. si vulneraverit*.

Atque hæc dicta sint pro sententia 8 eorum, qui legendum putant *non remanere*. Quod si legendum sit *remanere*, ut in Pandectis Florentinis & optimis aliis exemplaribus legitur, videtur Paulus ipse secum pugnare, & ratio esse contraria dicto: nam si subducto simplo locum non habet Legis Aquiliæ actio, & simplum jam subductum fuit per actionem commodati, sequitur, ut Legis Aquiliæ actio locum non habeat, adeoque non remaneat post actionem commodati. Quod si cum doctissimo Cujacio alteram negationem detrahamus, *& simplo subducto locum habet*: nihilominus sibi non constat Paulus: nam si quod amplius est in repetitione triginta dierum accedit simplo, consequens est, ut eo subducto locum non habeat id, quod accedit, secundum vulgatam regulam traditam in *l. cum principalis 178. ff. de reg. Jur. in c. accessorium de reg. jur. in 6.*

Vix defendi potest, retenta ea le- 9 ctione, Pauli sententia, nisi verba illa *simplo subducto* aliter atque hactenus accepta fuerunt, interpretemur. Cogitandum est ac perpendendum, an illa verba non, *detracto demptoque simplo* significent, sed *simplo computato connumeratoque*. Subducere est computare, numerare, summam colligere, seu adden-

dendo, deducendoque videre, quæ summa fiat. Cic. *Lib.* 1. *epist. ad Lentul. Rationibusque subductis summam feci cogitationum mearum*. Donatus ad illud Terentii *in Adelph. Nunquam ita quisquam bene subducta ratione ad vitam fuit*, &c. ita recte explicat. *Ducere est digitis computare. Sed ducere est apud alium & palam: subducere apud se ipsum, & secreto: quo magis in verbo isto majoris attentionis, & diligentiæ signum est*. Cic. 2. *de Finibus. Quid fortes viri? volupta tumne calculis subductis prælium ineunt, sanguinem pro patria profundunt?* Eleganter Catull. in *Nupt. Juliæ & Manlii*;

*Ille pulvis Erythræi*
*Siderumque micantium*
*Subducat numerum prius,*
*Qui vestri numerare vult*
*Multa millia lusus*.

Cic. ad *Atticum lib.* 5. *ep.* 21. *Adscribunt, subducunt, ad nummum convenit*. Admissa hac interpretatione omnia recte procedunt. Quærit in ea Lege Paulus, an post commodati actionem, Legis Aquiliæ actio remaneat in eo quod in repetitione triginta dierum amplius est: & ait remanere, quia hoc simplo accedit. Licet actor simplum jam fuerit consequutus actione commodati, tamen hoc quod simplo accedit, consequutus non est. Cum autem simplum sit totum id, quod actori abest, nec poenam ullam comprehendat; id vero quod simplo accedit totum poena sit; & æquitas, & ratio suadet, hoc etiam actorem consequi debere *l. si a reo* 70. §. *ult. ff. de fidejus.* ne maleficium maneat impunitum *l. Stichum* 95. §. 1. *vers. sane ff. de solut.* Eadem pariter æquitas & ratio suadet id ipsum a reo persolvi debere, cum sit absurdum, neminem delicti poenam subire, & legem, quæ poenam imposuit, eludi. *l. ita vulneratus* 51. §. . . *vers. quod si quis ff. ad Leg. Aquil.*

Verum quia actio, quam tribuit actori damnum passo Lex Aquilia, comprehendit tam simplum, quam id quod ipsi accedit actor, qui simplum jam consequutus est, hac actione ita uti debet, ut non utrumque exigere, & consequi velit, sed tantummodo id, quod simplo accedit, cum simplum jam per aliam actionem sit consequutus. Nam bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. *l. bona fides* 57. *ff. de reg. jur.* Quapropter si velit actor computare etiam simplum, atque illud rursus exigere, non habet locum hæc actio: quoties enim duæ concurrunt actiones ejusmodi rei nomine, una quis experiri debet. *l. nemo ex his* 43. §. 1. *ff. eod.* Quoad simplum autem ambæ concurrunt ad eamdem rem tam actio commodati, quam Legis Aquiliæ, & ideo una tantum experiri debet, & cum expertus jam sit actione commodati, altera locum non habet, cum nihil ei absit *l.* 2. §. 1. *in fin. ff. de tutel. & rat. dist. l. plura* 53. *in princ. vers. nam si ex una ff. de oblig. & act.* Igitur computato & connumerato simplo, locum non habet actio Legis Aquiliæ, inspecto scilicet effectu, cum ad ipsum exigendum inanis sit, & omnino inutilis. Atque ita planissime apertissimeque videntur explicari posse illa verba: *simplo subducto locum non habet.* Libentius tamen legerem *non remanere*, si optimorum Codicum auctoritate niteretur: sic enim expedita esset & perfacile currens oratio, & a mente Pauli non abhorrens sententia, qui in concursu actionum ab Ulpiano dissensisse videtur.

## CAPUT XVI.

*Ad L. jam hoc jure 4 §. ſed ſi alter ff. de vulg. & pupill.*

## SUMMARIUM.

I *Proponitur regula & occaſio de ea diſſerendi.*
II *Fundamentum regulæ ſumptum ex Conſtitutionibus de ſubſtitutione reciproca imparibus facta, quæ in eum tantum caſum facta cenſetur, in quem utriſque ſubſtitui poterat. & n. III. IV.*
V *In teſtamento militis inducitur ſubſtitutio in utrumque caſum, ſi conſtet de ejus voluntate; ſi ſecus, ſola vulgaris.*
VI *Filio naturali in pupillari ætate decedenti non ſuccedit filius legitimus et per reciprocam ſubſtitutus.*
VII *Partem, quam quis obtinuit in inſtitutione, eamdem obtinet in ſubſtitutione. Explicatur l. ſervus 67. §. 1. ff. de leg. 1.*
VIII *Legato dulcium non continentur eſculenta, ſi teſtator utatur verbis, quæ determinent ſolas potiones.*
IX *Limitatio adjecta ad unam ſpeciem legatam ad alteras quoque porrigitur.*
X *Reſpondetur contrariis & n. XI. XII.*

EST omnium ſermonibus celebratum cum in circulis & ſuggeſtis, tum in foro illud effatum: *verbum plura determinans, cuncta pariter, æqualiterque determinat*: ſeu, ut vulgo ajunt; *determinatio reſpiciens plura determinabilia, ea pariformiter determinat.* Veriſſimum id profecto eſt, ſed tamen multi eo abutuntur, & quandoque accommodant ad voluntatem & diſpoſitionem, cui convenire non poteſt. Idcirco accurate hac de re a nobis eſt differendum. Ac pri-
1 mum hujus regulæ veritatem perſpicue demonſtrabimus; deinceps, quando ea ſit adhibenda, dicemus.

Fundamentum hujus regulæ firmiſſimum eſt in *l. jam hoc jure 4. §. ſed ſi alter ff. de vulgar. & pupill.* In principio ejus legis ait Modeſtinus: *Jam hoc jure utimur ex divi Marci & Veri conſtitutione, ut cum pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in utrumque caſum ſubſtituiſſe intelligatur*: ſubdit deinceps, *quod ſi pater duos filios impuberes hæredes inſtituat, eoſque invicem ſubſtituat, in utrumque caſum factam fuiſſe reciprocam ſubſtitutionem, D. Pium conſtituiſſe.* En Imperatorum conſtitutionibus confirmatum, quod ſubſtitutio impuberi facta, ſive ſimpliciter, ſive expreſſe in unum caſum, in utrumque caſum facta cenſeatur. Nihilominus tametſi teſtator habeat duos filios, alterum puberem, alterum impuberem, eoſque hæredes inſtituat, & invicem ſubſtituat, in vulgarem tantummodo caſum factam videri ſubſtitutionem Severus & Antoninus conſtituerunt, ut refert Modeſtinus in noſtro §. *ſed ſi alter*; cujus conſtitutionis rationem affert: *incongruens enim videbatur, ut in altero duplex eſſet ſubſtitutio, in altero ſola vulgaris.* Verbum *ſubſtituo* licet in impubere utramque ſubſtitutionem inducat, & ex propria verbi ſignificatione, quia verbum commune eſt utrique ſubſtitutioni congruens, & ex conſtitutionibus Imperatorum: tamen cum in pubere non poſſit inducere ſubſtitutionem pupillarem, quia ejus incapax eſt; nec eam inducit in impubere, licet ejus capax ſit. Quo efficitur, quod idem verbum eodem modo determinat tam puberis, quam impuberis ſubſtitutionem.

Idem confirmat Imperator Alexander 3
in *l. 4. C. de impub. & al. ſubſtit.* ubi conſtituit, quod licet verba: *Si heres non erit.* in impubere comprehendant etiam pupillarem ſubſtitutionem, tamen ſi pater filio ſuo impuberi, & uxori ſuæ hæredibus inſtitutis Publium ſubſtituerit, *ſi hæredes non erunt*, in eum tantum caſum factam ſubſtitutionem, quo utrique ſubſtitui poteſt, videlicet in vulgarem. Neque id ipſe de novo conſtituit: ſed reſpondet, id eſſe manifeſtum: nempe quia verba illa, *ſi hæredes non erunt*, quæ ad utrumque referuntur, non poſſunt in uno ſolam vulgarem, in altero utram-

utramque substitutionem inducere. Idem Alexander in *l. in testamento 6. in princ. C. de testam. milit.* ait, id & sententiis prudentium virorum, & divorum parentum suorum constitutionibus placere.

4 Id autem Severus & Antoninus constituerunt in *l. 2. C. de impub. & al. substit.* Ibi: *propter eorum personam, quibus in unum casum dumtaxat substitui potest, etiam in filio idem servari debere, & ratio suadet, & divus Marcus constituit.* Ratio suadet, ne eadem determinatio plura inæqualiter, & non eodem modo determinet, quod rationi omnino repugnat.

5 Sed magis dilucide perspicueque probat, quod volumus, Alexandri responsum in laudata *leg. in testamento in fin. C. de test. militis.* Miles potest verbis civilibus, hoc est, directe substituere in secundum casum etiam ei, qui pubes est *l. centurio 15. D. de vulg. & pupill. l. 5. & l. miles 41. ff. de milit. testam.* Si hæc substitutio fiat a Pagano, est omnino inutilis, nam substitutus nullo jure admittitur, neque ut substitutus, neque ut fideicommissarius, neque ut cohæres *l. verbis civilibus 7. ff. de vulg. & pupill. l. in pupillari 14. D. eod.* si fiat a milite, valet, sed substitutus capiet tantummodo bona militis cum fructibus inventis in hæreditate, non autem bona propria ejus, cui substitutus est: *d. l. centurio.* Igitur miles habens filiam parvulam, simul cum Titio eam hæredem instituit, eosque invicem substituit. Filia post aditam hæreditatem in pupillari ætate decessit. Mater defunctæ ad intestatæ filiæ successionem pervenire contendebat. Titius frater militis, a quo fuerat substitutus, ex substitutione petebat hæreditatem. Videbatur eam jure petere, quia militibus licet etiam extraneis, postquam hæredes extiterunt, substituere *d. l. in testamento in fin.* & *d. l. miles 41. in princ. ff. de testam. milit.* Respondit tamen Alexander Imperator, quod Titius ex substitutione non potest admitti, nisi probaverit eam fuisse fratris sui militis voluntatem. Quid ita? quia sicut fratre Testatoris adeunte statim expirat ejus substitutio jure communi *l. 3. C. de hæred. inst. l. post aditam C. de imp. & al. subst.* ita debet expirare altera substitutio facta filiæ, ea adeunte. Cum enim non possit esse nisi vulgaris in Fratre, in Filia quoque vulgaris esse debet, ne diversa sit & dissimilis determinatio. Potest quidem Miles jure speciali & ex privilegio utrique in secundum casum substituere, ut diximus; sed substitutus probare debet, hoc voluisse Testatorem, ut in hac *l. in testamento in fin.* & in *l. precibus 8. C. de impub. & aliis subst.* Ibi: *vel expressa, vel compendio,* &c. Quod autem ad rem nostram attinet, utroque casu eadem est tam in filia, quam in extraneo determinatio: si constet de voluntate militis, duplex inducitur in utroque substitutio; sin secus, in utroque sola vulgaris.

Eodem pertinet Pauli responsum in *l. Lucius Titius 45. ff. de vulg. & pupill.* 6
Lucius Titius duos filios habebat, alterum legitimum, alterum naturalem; utrumque hæredem instituit, & invicem substituit. Filius legitimus intra pubertatem decessit, alter filius naturalis ex pupillari substitutione petebat hæreditatem: mater defuncti filii eamdem petebat ab intestato. Admittitur mater, excluditur naturalis filius: deficit enim pupillaris substitutio, quia verbum *substituo* solam vulgarem continet, cum pater filio naturali non posset pupillariter substituere, quia eum non habebat in potestate *l. 2. in princ. ff. de vulg.* Quamobrem in utroque substitutio vulgaris tantummodo est, ne eadem verba in altero duplicem, in altero unicam tantum substitutionem comprehendant, & diverso modo pro diversitate personarum accipiantur.

Jam vero transeamus ad alia. Si quis 7
plures hæredes instituerit, distributis in-

ter eos partibus hæreditatis, eosque invicem substituerit, eadem distributio partium æqualiter determinat tam institutionem, quam substitutionem: & quam quisque partem obtinuit in institutione, eamdem obtinet in substitutione *l. si in testamento* 5. *l. liberis* 8. *in fin.* cum *l. seq. l. si plures* 24. *l. qui complures* 32. *ff. de vulg. & pupill. l.* 1. *C. de impub. & al. substit.*

Sed videtur contrarium a Cajo definitum in *l. servus* 67. § 1. *ff. de leg.* 1. si ex pluribus hæredibus ex disparibus partibus institutis duobus eadem res legata sit, hæredes non pro hæreditaria portione, sed pro virili legatum habere debent.

Facilis est & prompta responsio. Determinatio, quæ spectat ad institutionem, & substitutionem, non spectat eadem ad legata, & fideicommissa: nam hæc separatim ac seorsum ab institutione & substitutione relinquuntur, & in separata oratione: ac propterea propriam habent determinationem, a qua determinantur, longe diversam a determinatione, quæ determinat institutionem. Quapropter si testator in dando legato partes non distribuit, æquales partes habebunt; nullis enim partibus nominatis, æquales partes datæ censentur §. *si plures instit. tit. de hæredit. instit. l. unic.* §. *sin autem disjunctim C. de caduc. toll.* neque enim legatum capiunt jure hæreditario, adeo ut pro portionibus hæreditariis dividi inter eos debeat. Sane partes, quas jure hæreditario obtinent, pro portione hæreditaria consequuntur. Cum enim legatum a semetipso inutiliter hæredi relinquatur *l. & quidem* 18. *ff. de leg.* 1. legatum relictum hæredi pro ipsius parte non consistit, quia eam capit ac possidet jure hæreditario, non jure legati *l. eum qui* 18. §. *ult. ff. de his quæ ut indign.* jus enim hæreditarium, cum sit multo potentius, absorbet jus legati. Hanc igitur partem, quam jure hæreditario capit, pro portione hæreditaria retinet, & possidet: reliquam vero partem, quam a cohærede consequitur, non potest consequi, nisi pro virili, quia jure legati obtinet, quod a testatore sine partibus relictum fuit: non vero jure hæreditario: & illud obtinet tamquam legatarius, non tamquam hæres: argumento est, quod etiamsi non adeat hæreditatem, tamen legatum consequitur *l. qui filiabus* 17. §. *ult. D. de leg.* 1. aut si ei tamquam indigno hæreditas auferatur *l. eum qui* §. *ult. ff. de his quæ ut indign.* Imo plus capit jure legati, si hæres non fuerit, quam si hæreditatem consequutus fuisset: nam integrum legatum obtinet, non solam partem, quam caperet a cohærede *d. l. eum qui* 18. *in fin.*

8 Ad rem nostram redeamus. Optime facit nobiscum sententia Labeonis a Proculo comprobata *in l. ult. ff. de tritic. vin. & ol. leg.* si alicui legata fuerint dulcia, non solum dulces potiones legato continentur, sed etiam esculenta *d. l. ult.* §. *penult.* at si legatum sit vinum amphorarium, Aminæum, Græcum, & dulcia omnia, nihil inter dulcia, nisi quod potionis est, legato continetur, *d. l. ult.* §. *ult.* Nam verbum illud *Vinum* sicut determinat Aminæum, Græcum, ita pariter determinat alia dulcia, eaque restringit ad dulces potiones, cujusmodi sunt vina nominata: videlicet oenomeli, passum, acinaticium, mulsum etiam, & hydromeli, & defrutum verbis illis, *dulcia omnia*, contineri puto: quia licet quædam ex his vini nomine proprie non contineantur, tamen ex usu patrisfam. plerumque vini numero habentur, & sunt potiones dulces, quæ ad vini naturam proxime accedunt *l. si quis vinum* 9. *in princ. ff. eod.* Illud maxime notandum, quod prævalet præsumptio ejusdem determinationis verbo universali *omnia*, quod ex sui propria significatione etiam esculenta comprehenderet.

9 Non absimile est, quod a Paulo traditur in *l. nam quod liquidæ* 4. §. *ult. ff. de*

Digitized by Google

*ff. de pen. leg si ita scriptum sit, omnem penum præter vinum, quod Romæ erit: Sola penus, quæ Romæ est, legata videtur.* Adjectio illa, *quod Romæ erit*, non solum determinat vinum, sed etiam penum, non refragante verbo universali *omnem*. Et quod magis est, adjectum illud *quod*, non videtur ad penum referri posse, quam Paulus hic foeminini generis fecit, licet Pomponius in *l. 2. ff. de trit. vin. & ol. leg.* in neutro genere protulerit, exemplo Terentii & Columellæ & aliorum veterum Auctorum.

10 Sed jam quid contra opponi possit, expendamus. Ac primum opponi potest Papiniani responsum in *l. cohæredi 41. §. qui discretas ff. de vulgar. Qui discretas portiones conjunctis pluribus separatim dedit, ac post omnem institutionis ordinem ita scripsit: quos hæredes meos invicem substituo: conjunctos primo loco vice mutua substituere videtur, quibus institutionum partes non agnoscentibus, cæteros omnes cohæredes admitti.*

Resp. imo ex hac lege constare, quod verbum *substituo* omnes æque determinat, cum omnes ad substitutionem vocet. Quod autem conjuncti præferantur disjunctis, id efficit voluntas testatoris, quæ perspicue apparet ex conjunctione & discretione partium, quæ eos a disjunctis omnino sejungit ac separat. Finge, testator ita scripsit. Titius & Cajus ex dodrante hæredes sunto: Mævius & Sempronius ex quadrante. Titius & Cajus unius personæ vice funguntur *l. plane 34. in princ. ff. de leg. 1.* item Mævius & Sempronius: & in unum corpus redacti sunt, & partem conjunctorum quasi suam præoccupant, ut recte ait Imperator noster in *l. unic. §. his ita definitis 10. vers. sin vero quidam, C. de cad. tollend.* Idcirco conjuncti in institutione non majorem partem omnes simul consequuntur, quam unus tantum, quia unius vice funguntur *l. Attius 11. l. interdum 13. in princ. l. Julianus 15. in princ. ff. de hæred. inst.* Ex quibus efficitur, Titium & Cajum conjunctos, tamquam unum quiddam separatum a Mævio & Sempronio, qui alterum corpus constituunt, in substitutione his præferri, sicut hi præferuntur illis, si unus ex his deficiat. Quare deficiente Titio, Cajus admittitur: deficiente Mævio, Sempronius: utroque autem deficiente, cæteri omnes.

Opponitur etiam Papiniani responsum in *l. mulieri & Titio 72. ff. de condit. & dem.* sed hoc potius confirmat regulam nostram, quam eam destruat. Etenim conditio illa, si *non nupserit*, determinat legatum tam quoad mulierem, cui cohæret, quam quoad Titium, & in utriusque persona legatum est conditionale: & ideo Titius dicitur defectus conditione, *si mulier nupserit*. Verumtamen cum hæc conditio a lege remittatur *l. servo 65. §. 1. ff. ad S. C. Trebell. l. filiæ quæ 28. in princ. l. sed si hoc 8. §. ult. l. cum tale 72. §. si arbitratu l. Titiæ 99. ff. de cond. & dem.* quasi pro impleta habetur, & uterque legatum consequitur, etiam si mulier nupserit, non tamen in omnibus pro impleta habetur. Nam singulariter hoc casu non datur jus accrescendi, & quidem summa ratione, quam ibi affert Papinianus. Rectius opponeretur *l. ult. §. Sejo D. de leg. 2.* sed neque illa hanc sententiam labefactat: nam ibi conditio erat adjecta Sejo, non uxori: itaque determinatio non utramque personam respiciebat, sed solam personam Seji; adeoque solummodo determinabat legatum in persona Seji, non in persona uxoris, quam non respiciebat. 11

Opponitur a plerisque Juliani decisio in *l. si ita scriptum 16. ff. de man. testam. Quidam ita legavit: cum Titius annorum triginta erit, Stichus liber esto, eique hæres meus fundum dato.* Titius mortuus est, antequam perveniret ad trigesimum annum: ait Julianus, quod nihilominus 12

minus

minus Sticho libertas competit; legatum tamen non debetur.

Quidam respondent, id Ita constitutum, quia militat diversa ratio in libertate & in legato. Alii, quod ibi expressa Legis dispositione a regula receditur. Verane, an falsa sint hæc modo non disputo: expendam accuratius in proxima. Hoc tantum dico, frustra nos pervestigare rationem, cum ipsam Julianus exponat in laudata Lege: ait enim: *Nam favore libertatis receptum est, ut mortuo Titio tempus superesse videatur, quo impleto libertas contingeret: circa legatum defecisse conditio visa est*. Recte, & secundum præcepta juris. Si moritur ille, in cujus persona impleri debet conditio, legatum non debetur deficiente conditione; veluti si legatum sit Titio, si Sejam uxorem duxerit: si decem Cajo dederit: si servum manumiseris, & Seja mortua sit, antequam decem acciperet, servus occisus, antequam manumitteretur *l. in testamento* 31. *in princ. ff. de cond. & dem. l. legatum C. de condit. infert. l. cum ita datur* 94. *vers. diversa l. pen. ff. de cond. & dem. l. si peculium* 20. §. *is cui ff. de statu lib. l. inde Neratius* §. *idem ff. ad Leg. Aquil.* Contra in libertate *d. l. si peculium* 20. §. *is cui ff. de statu lib.* ubi recte ad rem nostram notat Paulus, quod libertatem servus consequitur constituto potius jure, quam ex testamento: & confirmat Hermogenianus in *d. l. cum ita datur* 94. Ambo autem explicant Juliani sententiam expressam in nostra Lege. Igitur ita jus est: quotiescumque per servum non stetit, quominus conditionem impleret, ea a jure pro impleta habetur *d. l. si peculium*. Et ideo ait Paulus, & Hermog. constituto jure libertatem competere. Determinatio igitur testatoris utrumque legatum æque determinaret, nisi Lex se interponeret, & pro impleta haberet conditionem quoad libertatem, non quoad legatum.

Simile est, quod traditur in *l. si Titio & ei 7. ff. de leg.* 2. nam incapax a Lege capere prohibetur: Non potest autem testator facere, ne Leges in testamento suo locum habeant, etiamsi hoc expresse disponeret *l. nemo D. de leg.* 1. Sed de his uberius in proxima.

---

## CAPUT XVII.

### *Ad eadem L.*

### SUMMARIUM.

I *Ejus regulæ abusus.*
II *Confunditur cum altera regula, quod verba ambigua interpretanda sunt secundum usum testatoris.*
III *Hæc expresso est in jure: nostra vero deducitur per inductionem, nec protendenda ultra terminos a Lege præscriptos.*
IV *Conditiones proprie ad hanc regulam non pertinent.*
V *Regula non cessat, quando in utroque determinabili non eadem est ratio.*
VI *Et potentior est altera, quod verba accipienda sunt secundum propriam significationem.*
VII *Regula est gravissima, nec leviter ab ea recedendum.*
VIII *Rejicitur sententia putantium ab hac recedi facile posse ex conjectura voluntatis & n. IX.*
X *Expenditur altera limitatio regulæ scilicet quando ea admissa sequeretur correctio Legis.*
XI *Ubi Lex se interponit, regula nostra locum non habet.*

NON pauci superiore regula abutuntur. Nam aut ejus limites, quibus ipsa continetur, longissime proferunt, aut ipsam excogitatis pluribus limitationibus in angustissimum locum coercent, atque concludunt. Primum enim 1 quidam, ubi verbum aliquod in testamento pluries usurpatum invenerint, in diversis ac separatis dispositionibus, hanc regulam ipsis perperam accommodant, licet non sit unica atque eadem determinatio, sed plures inter se diversæ, atque disjunctæ. Confundunt illi duas regulas inter se valde dissimiles, & in unam cogunt, qui juris scientiam minus

Digitized by Google

nus accurate cogitateque pertractant.

2 Altera est, quod verba ambigua interpretanda sunt secundum usum testatoris: adeoque si pluries in testamento fuerit usus in separatis etiam orationibus eodem verbo, illud accipiendum est in ea significatione, in qua constat illud accepisse testatorem in alia parte testamenti *l. si servus plurium* 50. §. *ult. l. qui filiabus* 17. *ff. de leg.* 1. *l. heredes palam* 21. §. 1. *D. qui test. fac. l. cum de lanionis* 18. §. *item caccabos versic. optimum, D. de instruct. vel instr. l. si quis vinum* 9. *D de trit. vin. & ol. leg.* Et hæc regula est expressa in jure nostro multis in legibus, de qua separatim Deo dante differemus.

3 Altera est ea, de qua nunc agimus, quod determinatio respiciens plura determinabilia, ea æqualiter determinat. Et hæc in jure nostro non est expressa, sed aperte deducitur ex *l. jam hoc jure* 4. *ff. de vulgar. & pupill.* & aliis supra allegatis. Cum igitur hæc a lege per inductionem deducatur, non possumus eam protendere ultra terminos, quos leges ipsi præscripserunt, in quibus tacite continetur. Leges autem, ex quibus deducitur, omnes agunt de una, eademque determinatione plura determinante, quæ in eadem oratione continentur: ut facile intelliget, quicumque leges, quas in superiore ad fundandam hanc regulam adduximus, expendet: & constat ex *l. servus* 67. §. 1. *ff. de leg.* 1. quam ibi luculenter explicavimus. Idem probat optime text. in *l. servo* 47. *ff. de cond. & dem. Servo libertatem ita dedit: ille, si meus erit, liber esto: legatum, vel hereditatem sine conditione ei dedit; deinde cum alienavit, debebitur domino ejus legatum, vel hereditas.* Determinatio illa *si meus erit* solum determinat dationem libertatis, non legatum aut hæreditatem. Idem quoque confirmat Julianus in *l. qui filio* §. *si quis servum ff. de hæred. instit. Si quis servum suum liberum sub conditione, heredem pure scripserit, eumque vendidisset pendente conditione, jussu emptoris servus adire hereditatem potest, quia & constitit institutio, & est, qui jus imperandi habet.* Sub conditione datur libertas, pure hæreditas, aut cum hæreditas datur in diversa oratione non adjecta conditione, quæ apposita fuit in legato libertatis: vel eum nominatim adjecta est libertati, ut in *l.* 3. §. 1. *ff. eod.* quo casu expectatur eventus conditionis, quia eum servus manserit in dominio testatoris, non potest sine libertate institutio subsistere *princ. tit. instit. de hæred. instit.* Mutaveritne, an perverterit hoc Justinianus in *l. ult. C. de necess. serv. hered. inst.* docti judicent.

4 Verumtamen ut ingenue fatear, quod sentio, conditiones vere ac proprie non pertinent ad nostram regulam determinationis æque omnia determinantis. Conditio enim vere nihil determinat; nihil disponit, sed coercet & suspendit dispositionem, cui adjicitur, eamque moderatur, ac restringit *l.* 1. §. *item si* 8. *in fin. versic. idemque erit ff. ad l. Falcid. l. obligationum* 45. §. *penult. ff. de oblig. & act. l. si quis sub conditione* 8. *ff. si quis om. caus. testam.* Itaque limitat & suspendit solum eam dispositionem, cui fuit adjecta, & respicit solummodo personam, in quam fuit collata, sive agatur de persona honorata, ut in *l. ult.* §. *fin ff. de leg.* 2. *l. si quis ita scripserit* 33. *l. qui filio* 38. §. *si quis servum ff. de hæred. instit.* sive de persona, in qua impleri debet conditio, ut in *l. sub diversis in fin. in l. cum ita* 93. *in princ. l. qui heredi* 44. *in princ. & in* §§. *seqq. ff. de cond. & dem.* Hinc commune est illud interpretum nostrorum effatum: *conditio implenda est in forma specifica, & non potest impleri per æquipollens.* Non extenditur igitur conditio, nec complectitur dispositio-



Digitized by Google

tionem, cui adjecta non est, nec casum, qui nominatim non fuit expressus, nisi id exigat voluntas testatoris, quæ sola in conditionibus dominatur *l. in conditionibus* 29. *ff. eod.* ut evenit in *l. mulier* 22. *in princ. ff. ad S. C. Trebell. l. si ita* 15. *ff. qu. dies leg. ced. l.* 3. *C. de instit. & subst.* Tunc igitur obtinet regula nostra, cum testator iisdem verbis plura complectitur, quæ & eodem modo, atque etiam diverso possunt determinari, absque eo quod a propria verborum significatione recedatur: hoc enim casu omnino dicendum est, cuncta pariter æqualiterque determinari. Nam si testator noluisset de illis eodem modo disponere, separatim de singulis disposuisset, nec iisdem verbis in singulis fuisset usus; quod facere debere præcipitur, si velit dissimiliter disponere, in *l. jam hoc jure* 4. §. *ult. verf. hoc itaque casu ff. de vulg.* ubi notanda sunt illa verba: *Sed si alter pubes, alter impubes hoc communi verbo, eosque invicem substituo*, &c. Commune verbum appellat, quia verbum *substituo* commune est tam substitutioni vulgari, quam pupillari. Necesse est igitur, ut verba, quibus utitur testator, ejusmodi sint, ut utrumque significent, & comprehendant, ut modo dicebamus.

5 Hactenus de illis, qui hujus regulæ terminos longius, quam par sit, proferunt: nunc de illis, qui eam ita limitant ac restringunt, ut ipsam angustissimis terminis circumscribant. Quidam enim ajunt hanc regulam cessare, cum in utroque determinabili non eadem est ratio. Qua sententia pene evertitur hæc regula: nihil enim facilius quam aliquam rationis diversitatem subtiliter excogitare ad regulam excludendam. Hæc limitatio, mea quidem sententia, adeo falsa est, ut nihil supra. Est enim legibus aperte contraria. In *l.* 4. §. *sed si alter ff. de vulg. & pupill.* Modestinus ait; *sed si alter pubes alter impubes, hoc communi verbo, eosque invicem substituo, sibi fuerint substituti, in vulgarem tantummodo casum factam videri substitutionem Severus, & Antoninus constituit.* In hac lege, quæ major potest excogitari rationis diversitas, sive consideremus ipsam dispositionem, sive personas, in quas confertur dispositio? si primum, quid tam diversum, quam substitutio vulgaris, & pupillaris? illa fit in casum, quo institutus *hæres non erit*: hæc in casum, quo *hæres erit*, *princ. tit. inst. de vulg. subst. & princ. tit. de pupill. subst.* sunt hæc non solum diversa, sed omnino contraria. Si secundum, quid tam diversum, tam discrepans in jure nostro, quam pubes, & impubes? Pubes potest condere testamentum, impubes non potest §. 1. *inst. tit. quib. non est permiss. fac. testam.* Pater pro impubere potest testamentum facere; pro pubere non potest *princ. tit. inst. de pupill. substit. l. Papinianus* §. *sed nec impuberis D. de inoffic. testam.* Imo si pater pro impubere testamentum fecerit ei pupillariter substituendo, & annos pupillaris ætatis excesserit in substitutione, evanescit substitutio statim ac pupillus attigerit pubertatem §. *masculo instit. tit. de pupill. subst. l. verbis* 7. *l. in pupillari* 14. *D. de vulg. & pupill.* Rursus expedit pupillo, patrem ei consulere hæredem eligendo, quem ipse eligere non potest propter judicii infirmitatem §. 1. *instit. tit. quib. non est permiss. fac. testam.* noceret autem puberi, si pater pro eo testamentum faceret, quia cum ipse sibi pro arbitrio suo hæredem possit eligere, haberet hæredem invitus, quem ipse non elegit, ejusque judicium exitum non posset habere, quod est contra publicam utilitatem *l. vel negare* 5. *D. testam. quemadm. aper.* & contra æquitatem *l.* 1. *in princ. D. si quis om. caus. test.* Accedit, quod ejusdem pupilli favore, cui non solum pater, sed etiam

Digitized by Google

etiam leges consulere intendunt, etiamsi ei non fuerit expresse datus pupillaris substitutus, tamen tacite datus intelligatur. Quamobrem verbum *substituo* in pubere solam vulgarem substitutionem inducit: in impubere utramque substitutionem tam vulgarem, quam pupillarem *l. jam hoc jure* 4. *in princ.* & in §. 1. *D. de vulg. & pupill.* Et quod magis est, ad inducendam pupillarem substitutionem verba testatoris ad contrariam significationem, legis interpretatione detorquentur. Nam si pater impuberi filio substituat sub conditione *si hæres non erit*, hæc verba comprehendunt etiam secundum casum, *si hæres erit*, & ad pupillarem substitutionem trahuntur *l. quamvis C. de impub. & al. substit.* Hoc autem maxime demonstrat, quanta sit vis nostræ regulæ de unica determinatione plura æqualiter determinante. Animadvertendum enim est, quod verba *si hæres non erit*, comprehendunt etiam casum *si hæres erit*, qui est omnino contrarius. At vero nec verbum quidem *substituo*, quod commune est, & ex propria significatione non minus convenit substitutioni pupillari quam vulgari, comprehendit pupillarem substitutionem, quando ei obstat regula plurium determinabilium æque determinandorum *d.l.quamvis in fin. C. de impub. & al. substit. & l.jam hoc jure* 3. *ff. de vulg. & pup.*

6 In laudata *l. quamvis* duæ proponuntur substitutiones, altera in principio legis, altera in fine. Prima, quæ in principio proponitur, facta erat in primum casum, nempe sub conditione, *si institutus non erit*; merito dubitari poterat, an hæc conceptio verborum comprehenderet etiam secundum casum: hoc est, substitutionem pupillarem. Dicendum videbatur minime comprehendere; nam pupillaris substitutio fit in casum omnino contrarium, sub conditione *si hæres erit*. Obstat igitur pervulgata regula, non esse recedendum a proprietate verborum *l. non aliter ff. de leg.* 3. de qua supra copiose disputavimus. Hac tamen regula non obstante responsum fuit, verba *si hæres non erit*, porrigi ad casum, quo hæres sit, & in pupillari ætate decedat: hoc est, non solum verba improprie accipienda esse, sed etiam ad contrarium sensum esse detorquenda in favorem pupillaris substitutionis, & ex conjectura pietatis paternæ. Altera substitutio, quæ proponitur in secunda legis parte similiter facta in primum casum sub eadem conditione, *si filius meus, & uxor mea hæredes erunt.* Videbatur idem omnino respondendum: hoc est, in hac etiam substitutione contineri tacite pupillarem, seu ad pupillarem esse porrigendam in favorem pupillaris substitutionis & ex conjectura paternæ pietatis. Contrarium tamen respondit Alexander Imperator, quia in hac substitutione obstat regula unicæ determinationis, quæ impedit, quominus substitutio vulgaris ad pupillarem porrigatur *d. l. quamvis in fine.* Ergo hæc regula potentior est alia regula, quæ semper, & ubique obtinet in jure nostro, quod verba accipienda sunt, & interpretanda secundum propriam significationem. Imo adeo potentior est, atque illi adeo prævalet, ut si ambæ concurrant, hæc illi præferatur, & hæc obtineat, illa vero excludatur. Nam si testator utatur communi verbo *substitutio*, quod utramque substitutionem æque comprehendit, receditur a propria hujus verbi significatione, eaque restringitur ad solam vulgarem. Exemplum proponitur in nostra *l. jam hoc jure* 4. §. *Sed si alter ff. de vulgar. & pupill. substit.* Hæc uberius exposuimus, ut caveant judices, ne ab hac regula facile recedant.

His animadversis efficitur, falsam esse opinionem eorum, qui putant levem esse conjecturam, quæ ex hac regula dedu-

deducitur. An enim levis dici potest conjectura, quæ deducitur ex regula, quam Alexander Imperator ait & prudentium sententiis & Divorum parentum suorum auctoritate fuisse approbatam? Quam idem Imperator affirmat esse manifestam in *l.* 4. *in fin. C. de impub. & al. subst.* Ibi: *manifestum est.* Quam debere servari, & ratio suadet, & divus Marcus constituit, ut responderunt Imperatores Severus, & Antoninus in *l.* 2. *in fin. C. eod.* Quam non admitti, incongruens esse dixit Modestinus in *l.* 4. §. *Sed si alter ff. de vulg. & pupill.* Quid? quod ad firmandam hanc regulam tam Imperatores, quam Jurisconsulti veteres recesserunt a constitutione Divi Pii, & Marci & Veri Imperatorum, qui sanxerant patrem impuberi substituentem in utrumque casum substituisse, etiamsi in primum tantum casum substituisset *l.* 4. *in princ.* & in §. 1. *ff. de vulg.* An levi de causa, non vero manifesta ratione recesserunt? Profecto hæc sine stomacho legi non possunt. Nimirum quidam ex nostris quæstui habentes Jurisprudentiam, ut regulam eluderent, innumeras limitationes invexerunt, quibus alii implicati, cum se ab aliis expedire facile non possent, fallacem esse regulam, & levem ex ea deduci probationem sunt arbitrati. Quasi vero manifestæ juris rationi, prudentium responsis, constitutionibus Imperatorum insulsæ Doctorum opiniones sint anteferendæ.

8 Efficitur etiam, falsam esse opinionem eorum, qui putant, a regula uniformis determinationis facile recedi conjectura voluntatis, sicut a proprietate sermonis. Utrumque falsum, & quod facile recedatur a proprietate sermonis, ut probavimus in superioribus; & quod æquali facilitate recedatur etiam ab hac regula, ut modo demonstravimus. Abutuntur, ut id probent, rescripto Alexandri Imper. in *l. in testamento in fin. C. de testam. milit.* quod in superiore exposuimus. Nunc quod ad rem attinet, breviter attingamus. Miles filiam suam parvulam, & fratrem suum simul hæredes instituerat. Filia, postquam hæres extitit patri, decessit. Concurrebant ad ejus hæreditatem mater, quæ intestatæ filiæ petebat hæreditatem, & frater militis defuncti, qui eamdem petebat ex pupillari substitutione. Videbatur hic matri omnino præferendus. Primum quia verbum *substituo* commune est, & comprehendit æque utramque substitutionem vulgarem, & pupillarem *l.* 4. §. *Sed si alter ff. de vulg. & pupill.* Præterea licet, quando substitutio simul facta est pupillo & puberi, comprehendat solam vulgarem ex nostra regula *d. l.* 4. *& d. l. in testamento in princ. & l. quamvis C. de impub. & al. substit.* tamen cum miles possit etiam puberi extraneo substituere in secundum casum *si heres erit d. l. in testamento in fin.* multo magis præsumendum est, voluisse substituere filiæ impuberi ante pubertatem decedenti, quod jure communi, etiam secluso militari privilegio facere potest, & fecisse præsumitur, quoties regula nostra non obstat, nec impedit substitutionem *l.* 4. *D. de vulg.* & d. *l. in testamento in princ. C. de testam. milit.* Maxime quia favore militiæ concessa sunt militibus quamplurima contra omnes juris regulas. Nam quoquo modo licet militi testari *l. Lucius Titius* 40. *in princ. D. de testam. milit.* & potest pro parte testatus pro parte intestatus decedere *l.* 1. *& 2. C. de testam. milit.* & uno tempore testatus, alio intestatus *l.* 8. *C. eod.* & potest præterire filium in potestate existentem ejusque præteritio pro exheredatione habetur *l. si quem* 10. *in fin. C. eod.* Ergo si jus civile firmissimas Legum sanctiones, ac regulas insuper habet ad sustinendam militis voluntatem, cur non & regulam

Digitized by Google

tam nostram uniformis determinationis transcendit, ut sustineatur pupillaris substitutio, quæ solet comprehendi verbo substitutionis? Huc accedit, quod miles fratrem suum prætulit uxori in institutione, ac propterea credendum est, eumdem prætulisse etiam in substitutione. Pari enim affectu prosequitur heredem testator, sive ipsum instituat, sive substituat, cum utroque modo suum ipsi patrimonium largiatur, *l. Publius* 36. §.1. *D. de condit. & dem.* Et hoc adeo exacte servatur, ut eædem partes in substitutione datæ videantur, quas in institutione testator expressit §. *& si ex disparibus instit. tit. de vulg. l. si plures* 24. *D de vulg. & pupill.* Ibi: *nisi forte alia mens fuerit testatoris, quod vix credendum est: nisi hoc evidenter expressferit. Vix credendum*, quia certa ac firma ratio suadet testatorem pari affectu dilexisse heredem in institutione, atque in substitutione. Hoc amplius: etiam in substitutione testator prætulit fratrem uxori: nam si filia parvula non fuisset heres, non posset dubitari hereditatem ad fratrem ex vulgari substitutione, exclusa uxore testatoris, esse deferendam. Si ergo fratrem prætulit uxori in substitutione vulgari, cur non & in pupillari, quæ iisdem verbis, eademque dispositione continetur?

9 Sane tam Justinianus, quam Papinianus maximi momenti esse duxerunt, quod mater data esset coheres filio in *l. ult. C. de instit. & substit.* & inde ducunt argumentum voluntatis testatoris, quod ipsam noluerit excludere a successione filii, licet ipsi dederit substitutum. Ac vix induci possum, ut assentiar Cujacio, qui putat matrem filio successuram fuisse, etiamsi ejus coheres scripta non fuisset, eo quod Papinianus, & Justinianus opinionem Papiniani comprobans non moveatur ea sola ratione, quod testator matrem simul cum filio in parte hereditatis instituerit; sed alia etiam, quod æquum non sit, matrem ex luctuosa filii morte damnum hereditatis sentire. Videtur enim Justinianus ea sola ratione moveri, quod cum testator matrem vocaverit in partem hereditatis, eaque filium privaverit, qui in tota hereditate succederet ab intestato, multo magis voluerit matrem filio morienti succedere, eamque noluerit privare ea parte hereditatis, quam esset ab intestato acquisitura, si pater testamentum non condidisset. Verba legis hæc sunt: *Si enim suæ substantiæ partem uxori dereliquit, multo magis & luctuosam hereditatem ad matrem venire curavit.* Profecto hæc unica ratio est argumento conclusa, quod ex comparatione ducitur, & primum conclusionis modum dialectici appellant, in qua cum primum assumpseris, consequitur id, quod annexum est: hoc voluit, ergo & illud. Qui hoc vult, & illud velle debuit: vult autem hoc, ergo & illud. Eleganter hæc explicat Cicero *in Topic. ad Trebatium. Hinc aliud argumentum negans e contrario confici potest; si illud non voluit, neque hoc quidem voluisse censendus est.* Ergo si partem matri non reliquisset, nec eam vocasse ad reliquam partem censeretur. Cic. *pro C. Rabir. Si interfici Saturninum nefas fuit: arma sumpta esse contra Saturninum sine scelere non possunt: si arma jure sumpta concedis, interfectum jure concedas necesse est.* En! aliud a minore ad majus in Orat. in *Q. Cæcilium in fin. Etenim si probabilis est eorum caussa, qui injurias suas persequi volunt: qua in re dolori suo, non Reip. commodis serviunt: quanto illa causa honestior, quæ non solum probabilis videri, sed etiam grata esse debet, nulla privatim accepta injuria, sociorum atque amicorum Popul. Rom. dolore, at-*

que

*que injuriis commoveri?* Est hoc genus probationis, in qua, dato antecedenti, deducitur consequens, in quo cadebat controversia, & quæstio versabatur. Ad rem nostram. Sunt præterea in laudata *l. ult. C. de instit. & subst.* observanda verba illa: *in hujusmodi casu.* Quis est iste casus? nempe qui initio propositus est, & in controversiam vocatus: cum miles pro parte ventrem prægnantem instituit, pro parte suam uxorem. Ergo hic solummodo casus a legislatore deciditur. Et amplius animadvertendum est, Justinianum hic non rescribere ad preces alicujus supplicantis, & de aliquo casu interrogantis: sed ipsum ex se proponere quæstionem, & rem inter Ulpianum & Papinianum controversam: itaque ejus definitio non potest egredi terminos propositæ quæstionis, quam ipse persolvit. Neque contrarium est rescriptum Diocletiani, & Maximiani in *l. precibus C. de impub. & al. substit.* Nam ibi proponitur facta substitutio, vel expresse in secundum casum, vel compendio; hoc est, substitutio, quam nostri vocant compendiosam, quæ utramque substitutionem verbis æque comprehendit, nec ibi mater erat data cohæres filio. Hic autem casus est valde diversus; nam mater fuit instituta simul cum filio, & substitutio restricta erat ad solum casum, quo posthumus natus non fuisset: posthumus autem natus erat, & in pupillari ætate decesserat: ac propterea non extiterat conditio substitutionis. Sed nostri instituti non est, has leges diligenter expendere. Itaque ad rem ut tandem redeam, breviter astringam argumentum.

Negari non potest, in toties laud. *l. ult.* tam Papinianum, quam Justinianum plurimi fecisse illam circumstantiam, quod mater fuerit instituta hæres cum filio: ac propterea, quod ea nobis suppeditet non levem conjecturam voluntatis testatoris, quod eum, quem vocavit ad hæreditatem in institutione, voluerit etiam vocare in substitutione. Neglecta tamen hac conjectura, neglectis pariter aliis, quas supra conglobavimus, respondit Alexander, fratrem substitutum probare debere, an ita testator sensisset: hoc est, ut ego arbitror, an voluerit uti privilegio militis in substitutione, ad cujus probationem satis esse puto, si probaverit militem jure militari testatum fuisse. Quid ita? nimirum, quia si hoc non probaverit, corruet regula nostra de unica determinatione, quæ æqualiter omnia debet determinare: nam valeret substitutio quoad personam pupilli, non vero quoad personam fratris, qui cum fuerit hæres, non potest habere substitutum: eo enim adeunte, statim expirat substitutio *l. quamdiu prior 3. & l. quamdiu 69. ff. de acquir. vel omitt. hæred. l. post aditam C. de impub. & al. subst.* Contra secundum hanc Imperatoris constitutionem semper salva manet regula nostra. Etenim, si frater non probet ita sensisse testatorem, valebit, & locum habebit substitutio vulgaris quoad utrumque, scilicet, tam quoad pupillum filium, quam quoad puberem extraneum: si vero probaverit, valebit quoad utrumque similiter utraque substitutio, tam quæ in primum, quam quæ in secundum casum facta fuit, quia valebit jure militari. Probare autem substitutus debet testatorem jure militari testatum fuisse, ut gaudeat hoc privilegio, quia privilegium nimis abhorret a regulis juris: ut quis possit hæredem facere ei, qui sibi ipsi hæredem facere potest, item ut fraudi sit legitimis hæredibus quibus hæreditatem adimat. Itaque Paganus hoc modo frustra substituit, adeo ut nequidem rogare possit hæredem suum, ut alium hæredem faciat *l. verbis civilibus 7. ff. de vulg. & pupill. l. ex facto in princ. ff. ad SC. Trebell.*

Superest altera limitatio Doctorum, 10
quæ omissis aliis nullo fundamento juris

in-

Digitized by Google

innixis, est hoc loco distinctius explicanda. Limitant igitur hanc regulam, quando ea admissa sequeretur correctio legis: hoc est, quando per eam determinaretur casus contra determinationem ipsius legis. Hoc utique negari non potest: nemo enim cavere potest, ne leges in suo testamento locum habeant: *l. nemo* 55. *D. de leg.* 1. & jus publicum privatorum pactis mutari non potest *l. jus publicum ff. de pact.* sed tamen, ut vera a falsis distinguamus, animadvertendum est, quod aut lex aliquid generaliter statuit, & tunc regula in casu, quem determinat, legi derogat: aut lex decernit aliquid specialiter de aliquo casu, & tunc lex derogat huic regulae. Primum probatur exemplo substitutionis. Lex generaliter constituit, ut substitutio vulgaris trahatur ad pupillarem, & substitutio facta in unum casum, utrumque comprehendat *l. jam hoc jure* 4. *in princ. & in* §. 1. *ff. de vulg.* Atqui hoc fuit constitutum divi Marci, & Veri constitutione, *d. l.* 1. *in princ.* verum si se interponat haec regula, derogat legis constitutioni, & constitutio locum non habet eo casu, qui a regula comprehenditur, ut in *d. l.* 4. §. *sed si alter.* Et hoc supra copiose est explicatum. Secundum vero probatur exemplo, quod proponitur in *l. si ita scriptum fuerit* 16. *ff. de manum. testam.* Testator ita scripsit: *cum Titius annorum triginta erit, Stichus liber esto: eique heres meus fundum dato.* Titius antequam ad annum trigesimum perveniret, decessit. Sticho libertas nihilominus debetur impleto tempore, non autem fundus. En! quod illa determinatio testatoris: *cum Titius annorum triginta erit*, non aeque determinat legatum libertatis, & legatum fundi. Idem traditum est in *l. si servus* 29. *ff. de statu liber.*

Vereor tamen, ne non sit accommodatum hujusmodi exemplum ad probandum id, quod volunt. Dubito enim, an verba illa: *cum Titius annorum triginta erit*, unicam an duplicem determinationem contineant. Etenim verba illa quoad legatum fundi faciunt conditionem, quoad legatum libertatis faciunt diem certum. Itaque duo sunt legata distincta ac separata, alterum sub conditione, alterum in diem, & utrumque legatum habet distinctam determinationem, licet utraque determinatio iisdem verbis comprehendatur. Scilicet ita res est. Tempus certae aetatis conditionem facit in testamentis *d. l. si servus* 19. *ff de statu lib. d. l. si ita scriptum* 16. *ff. de man. testam. l. fideicommissaria* 23. §. *etiam ff. de fideic. lib.* sicut quilibet alius dies incertus *l. dies incertus* 74. *D. de cond. & dem. l. talis* 30. §. *Cui congruit. D. de leg.* 1. *l. si ita scriptum* 45. §. *ult. ff. de leg.* 2. *l. Cajo* §. 1. *ff de alim. leg.* & passim. In contractibus vero, licet dies omnino incertus, hoc est, is, de quo certum non est, an sit exiturus, conditionem faciat *l. quodcumque* 45. §. *non solum ff. de V. O.* tamen tempus, quod certo est exiturum, conditionem non facit *l. nam si* 17. *ff. de condit.* in *d. l. si pupillus* §. 1. *ff. de novat.* Rursus tempus certae aetatis licet conditionem faciat in caeteris omnibus legatis, tamen neque in legato libertatis, neque in legato alimentorum conditionem facit: in his continet solummodo diem, non autem conditionem. De legato libertatis in *l. fideicommissaria* 23. §. *etiam in l. Titii* §. *libertatem ff. de fideicom. libert.* & in *d. l. si ita scriptum*, & in *d. l. si servus.* De alimentis vero traditum est in *l. libertis* §. *ab heredibus & l. Cajo* §. 1. *D. de alim. leg. L.* 1. *C. de leg.* Alia igitur, atque alia est temporis incerti vis, & potestas & diversa atque distincta pro diversitate dispositionum, quibus adjungitur. Aliter determinat contractus, aliter testamenta: aliter

ter legatum libertatis, & alimentorum, aliter reliqua legata. Quare non est unica hujus temporis determinatio, sed multiplex. Quo fit, ut in objecta *l. si ita scriptum D. de manum. testam.* non unica sit adjecti temporis determinatio: alia, quæ respicit legatum libertatis, alia, quæ respicit legatum fundi. Quoad legatum libertatis continet diem, quoad legatum fundi conditionem. Non potest igitur utrumque legatum pari modo determinare.

11 Sed ne videar illis, qui crassiore Minerva solent jus civile tractare, hæc nimio plus subtiliter perscrutari, illuc redeo, unde discessi, fateorque regulam nostram locum habere non posse, ubi se lex interponit, eamque excludit, quia lex omnibus regulis prævalet, & ipsa sola dominatur. Quamquam non facile est invenire casus, in quibus ab hac regula recedatur. In his autem, si qui sunt, non regulæ defectus in causa est, cur ea non obtineat, sed legis auctoritas. Sit quantumvis perspicax, & acuta oculorum acies, nihil tamen ultra murum, aut montem oppositum pervidebit. Non, quod hebes sit & obtusa acies, nil perspicit, sed quod murus aut mons se opponit, qui visum impediunt, & ultra penetrare non sinunt. Eadem prorsus est ratio rei impossibilis. Si hæc regula incurrat in aliquid impossibile ex dispositione testatoris, utique frangitur, & viribus enervatur, quia impossibilium nulla est obligatio *l. impossibilium* 85. *D. de reg. jur.* si ferri acies impingat in adamantem, hebetatur, & obtunditur. Est ipsa quidem ad cædendum aptissima, sed retorquet ictum durities adamantis, qui cædi non potest. Nec solum determinatio non æque determinat possibile, & impossibile, sed impossibile ne determinat quidem ullo modo. Nam quæ fieri non possunt, nec determinari quidem possunt. Impossibilia autem sunt non solum ea, quæ natura sua ejusmodi sunt, sed quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & ut generaliter dixerim, contra bonos mores sunt, nec facere nos posse existimandum. Ita pie ac religiose scripsit Papinianus in *l. Filius qui* 15. *D. de cond. inst.* Quamobrem ea, quæ sunt contra bonos mores, contra leges, contra edicta Imperatorum, aut a Prætoribus improbata, pro non scriptis habentur *l. conditiones* 4. *D. eod.* Hinc respondit Paulus in *l. si Titio & ei* 7. *D. de leg.* 2. *Si Titio & ei, qui capere non potest, decem legata sunt, quia duobus hæres dare damnatus est, & unus capere non potest, quinque sola debentur.* Non deficit hic determinatio, sed determinabile. Determinatio quidem æque utrumque determinat, cum utrique quinque tribuat: sed deficit unum ex determinabilibus: & non deficit, quia legatum repudiaverit, sed quia incapax est, & pro nullo habetur, & quod ei datum est, pro non scripto habetur: adeoque remanet penes hæredem, non accrescit Titio.

---

## CAPUT XVIII.

### *Ad L. ille* 25. §. 1. *D. de leg.* 3.

### SUMMARIUM.

I *Officium JCti in interpretatione qua Legum, qua hominis dispositionum, maxime consistit.*

II *Scripti & voluntatis discrepantia. Verborum intelligentia maxime necessaria. Eam veteres JCti excolebant.*

III *A scripto non recedendum, nisi ex manifesta scribentis voluntate probatur n. IV.*

V *Perspicuum ea de re Modestini responsum in l. si alii 19. ff. de usufr. leg. conciliatur cum Ulpiano in l. & puto 16. §. Julianus ff. fam. ercisc. & n. VI. VII.*

VII *Speciales rationes ex quibus usufructus non communicatur in casu L. & puto ff. fam. ercisc.*

VIII *Servii ac Tuberonis vetus hac de re dissidium*

*dium. Servii sententiæ accessit Celsus & C. Aquilius & n. IX.*

X *Etiam in contractibus scriptum sententiæ præferendum.*

XI *Voluntas maxime spectanda quia potentior verbis: probatur auctoritate, & n. XII.*

XIII *Tit. C. plus val. quod ag. quam quod simul concip. perperam ad hoc allegatur.*

XIV *Idem procedit in contractibus.*

XV *Si scriptum non sit, vel sit ambiguum, spectatur voluntas: si non appareat, secundum jus respondendum est.*

1 OFficium munusque Jurisconsulti totum in recta interpretatione est occupatum. Qui recte leges, atque hominum dispositiones interpretatur, & explanat, optimus est judex, optimus Jurisconsultus: qui perperam, ac perverse, pessimus. Leges semper eædem sunt, nec mutantur in dies, earumque interpretationes tot clarissimorum virorum studio elucubratæ, industria elaboratæ, ingenio perfectæ fuerunt, ut vix quicquam addi posse videatur. Hominum vero dispositiones variæ sunt, & semper diversæ, & in omnes partes longe, lateque diffusæ: nunquam eadem voluntas, nunquam iisdem verbis explicata: quo magis elaborandum est, ut eorum mentem assequamur, idque est perdifficile & confragosum. Nihil enim est obscurius voluntate hominum, ut recte monuit Cicero. Nihil autem hac in re frequentius disputatur, quam de scripto,
2 & sententia. Ita docet Quintilianus *Inst. orat. lib. 7. cap. 6. Scripti, & voluntatis frequentissima quæstio est, & pars magna controversi juris hinc pendet:* Nostri tamen de verborum significatione non valde solliciti sunt: Forum enim assidue reboat vocibus Jurisconsultorum inepte clamantium, non verba, sed voluntatem spectandam esse: adeo ut quidam magni nominis judex apprime doctus in hoc scurriliter & putide nugetur: *nec Cruscæ, nec crustæ verborum inhærendum esse*, quasi ludibrio habeat Academiam totius Europæ celeberrimam, & promptuarium Etruscarum vocum ab ea editum. Nimirum idem in explicatione cujusdam vocis Italicæ huic præfert Calepinum. O superi, o manes! Quis coelum terris non misceat, & mare coelo? sane veteres Jurisconsulti, qui jus nostrum civile fundarunt, non idem sentiebant. Scripsit Ælius Gallus libros duos de verborum, quæ ad jus pertinent, significatione. Scripsit & Servius: scripserunt & alii, quos prætermitto.
Itaque verborum intelligentia est maxime necessaria, & a scripto recedendum non est, nisi manifeste appareat voluntas contraria scribentis *l. non aliter 69. ff. de leg.* 3. Quoniam vero, ut Cic. *ait in Topic.* circa finem sunt tria genera, quæ controversiam in omni scripto facere possunt: ambiguum; discrepantia scripti & voluntatis, & scripta contraria: nos de scripto, & voluntate primo loco disceptabimus: hæc enim disceptatio potissima est, & alias commode præcedet. 3

Quod a scripto non sit recedendum, cum perspicuum est, nec admittenda voluntatis quæstio, traditum est aperte in *l. ille, aut ille* 25. §. 1. *ff. de leg.* 3. *Cum in verbis nulla est ambiguitas, non est admittenda voluntatis quæstio.* 4

Idem traditum in *l.* 4. *vers. quod si quis ff. de leg.* 1. *Quod si quis, cum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit vestem non deberi: quemadmodum si quis putet auri appellatione electrum, vel orichalchum contineri: vel quod est stultius, vestis appellatione etiam argentum contineri. Rerum enim vocabula immutabilia sunt: hominum mutabilia.* Recte. Nostra enim destinatione fundorum nomina, & domus, non natura constituuntur *l. quod in rerum* 24. §. *quod si ff. de leg.* 1. ideo mutari possunt *d. l. quod in rerum* 24. §. *si quis post* & §. *seq.* vocabula autem, quæ a principio fuerunt imposita, & diuturno usu totius populi comprobata, non potest

quilibet pro arbitrio suo mutare, & a communi usu, & significatione recedere.

5 Id ipsum respondit Ulpianus in *l. quoties 9. §. 1. ff. de hæred. instit. Et si in re quis erraverit, ut puta dum vult lancem relinquere, vestem leget, neutrum debebitur. Hoc sive ipse scripsit, sive scribendum dictaverit.*

Accedit auctoritas Modestini, qui hac de re ita dilucide, atque enucleate scripsit in *l. si alii 19. ff. de usufr. leg. Si alii fundum, alii usumfructum ejusdem fundi testator legaverit: si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo: Titio fundum detracto usufructu lego, Sejo ejusdem fundi usumfructum heres dato: quod nisi fecerit, usufructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit.* Interdum videlicet cum id, quod scriptum est, ambiguum non est.

Carpunt quidam viri docti hoc Modestini responsum: sed immerito, quantum arbitrari possum. Etenim certum est fundi appellatione contineri etiam usumfructum *l. eum qui ita stipulatus 56. §. si ita stipulatus, & l. qui usumfructum 58. ff. de V. O. l. 6. ff. de usufr. ear. rer. l. si Titio 10. ff. de usufr. leg.* adeo ut fundus dari non intelligatur, si usufructus detrahatur *d. l. qui usumfructum 58. ff. de V. O.* Quotiescumque autem non ambigitur, quin vocabulum, quo usus est testator, aliquid comprehendat, aut non comprehendat, qualiscumque fuerit mens, & voluntas testatoris, a scripto non est recedendum *l. Labeo 7. §. Servius in princ. ff. de sup. leg.*

6 Sed opponitur Ulpianus in *l. & puto §. Julianus ff. fam. ercisc. Julianus ait, si alii fundum, alii usumfructum fundi judex adjudicaverit, non communicari usumfructum.*

Dubitari non potest, hoc singulari ratione scriptum fuisse a Juliano de sententia Judicis in judicio familiæ erciscundæ. Nam idem Julianus contra respondit tam in legatis, quam in stipulationibus. In legatis usumfructum communicari dixit Julianus in *l. si Titio 10. ff. de usufr. leg.* & in *l. si tibi decem 6. ff. de usufr. ear. rer.* In stipulationibus idem affirmavit in *l. eum qui ita stipulatus 56. §. si a te stipulatus ff. de V. O.* Hoc igitur pro certo habuit 7
Julianus tam in contractibus quam in legatis, usumfructum esse communicandum. Contra in sententia judicis non debere communicari. Quid ita? Nempe in sententia judicis interpretanda mentem judicis, ejusque voluntatem spectare oportet, non verba, non scriptum: ne si ab ejus voluntate recedamus, injuste eum judicasse contra ejus propositum & voluntatem dicere cogamur. Judex datur, ut inter litigantes justa decernat. Si contra ejus voluntatem sententiam interpretamur, eum vel invitum injusta decernere compellimus. Læditur justitia, ad quam tuendam judices sunt constituti. Læditur honor, virtusque & existimatio judicis innocentis. Læduntur litigantes, qui rem suam amittunt & fraudantur spe, & expectatione, quam de judicis justitia & æquitate conceperant. Judicia omnia pervertuntur, sine quibus, nec domus ulla, nec civitas stare, & conservari potest. Contrahentes & testatores pro arbitrio de rebus suis disponere possunt: nec sunt adstricti legibus, quæ plenissimam eis facultatem tribuunt disponendi *l. verbis legis 120. ff. de V. S. auth. de Nupt. §. disponat.* Neque justitiam, aut leges labefactant, si hoc, vel illo modo contrahant, si huic potius quam illi res suas relinquant: adeoque suæ inscitiæ, vel oscitantiæ imputare debent, si aliud voluerunt.

Præterea observandum est, quod in laudata *l. & puto §. 1. ff. fam. ercisc.* multa concurrunt, qui non possit aliter accipi

Digitized by Google

accipi sententia Judicis. Concurrit votum & intentio litigantium, qui volunt a communione discedere, ac propterea agunt actione familiæ erciscundæ: maxime in specie ab Ulpiano in ea lege proposita, quod hæredes vellent a communione ususfructus discedere, ut proponitur ibi *in princ. Legis*. Concurrit propositum & voluntas judicis, imo necessitas ipsi a Lege imposita, cum debeat, & secundum naturam actionis, & juxta petitionem litigantium ferre sententiam §. *Si familiæ instit. tit. de offic. Jud. l. 1. in princ. ff. fam. ercisc.* Concurrit & propria actionis natura, quæ ad tollendam, non ad inducendam communionem est instituta *d. §. si familiæ*.

8 Sed jam a diverticulo controversia suscepta repetatur. Hac de re disputat in utramque partem Celsus in *l. Labeo 7. §. Servius ff. de supell. leg.* Primum refert Servii sententiam existimantis, non ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere. Deinceps refert opinionem Tuberonis contra sentientis: nam quorsum nomina, nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis? adeoque nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit: Tandem Servii sententiam probat his verbis. *Sed etsi magnopere me Tuberonis & ratio, & auctoritas movet, non tamen a Servio dissentio: non videri quemquam dixisse cujus non suo nomine usus sit: nam etsi prior, atque potentior est quam vox, mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur*, & reliqua quæ sequuntur.

9 Idem prorsus sensisse C. Aquilium testatur Cicero in oratione pro A. Cæcinna n. 29. ed. 1695. Amstelodami, cui omnino credendum est, quia Aquilii sententia pro adversario faciebat: eam tamen refert, non tamen probat, cum contrarium in ea causa defenderet. Narrat igitur, Aquilium dixisse, non posse probari quemquam esse dejectum, nisi ex eo loco, in quo fuisset (agebatur enim in ea causa de interdicto unde vi). *Rem & sententiam interdicti mecum facere fatebatur, verbo me excludi dicebat: a verbo autem posse recedi non arbitrabatur*. In ea causa una tantum literula controversiam faciebat. Æbutius enim fatebatur quidem se a fundo Cæcinnam ejecisse: negabat autem se dejecisse de fundo: quoniam hominibus armatis prohibuerat eum ingredi fundum, non autem in fundo moratum ex eo dejecerat: ac propterea se non teneri interdicto, quod dejectum restitui jubet, non ejectum. Igitur C. Aquilius maximus ea ætate Jurisconsultus fatebatur rem & sententiam interdicti cum Cæcinna facere, sed a verbo recedi non oportere: adeo erat alligatus verbis, & scripto: idque voluntati, & sententiæ præferebat.

Ac ne quis putet, scriptum sententiæ 10 præferendum esse solum in ultimis voluntatibus, non autem in contractibus, Celsus in *l. non est ferendus 2. ff. de transact.* idem statuit in transactione. *Non est ferendus*, ait, *qui generaliter in his, quæ ei testamento relicta sunt, transegerit: si postea caussetur de eo solo cogitasse, quod prima testamenti parte: ac non etiam quod posteriore legatum sit*. Non est ferendus, inquit; igitur judex hujusmodi quæstionem voluntatis debet repudiare, & secundum scriptum pronunciare.

Idem Celsus in *l. quicquid adstringendæ 99. in princ. ff. de V. O. Quicquid adstringendæ obligationis est, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est &c.* Nec rursum promissor ferendus est, si ejus interesit de certis potius vasis forte, aut hominibus actum. Utrumque comprehendit Celsus; & stipulatorem, & promissorem; neuter a verbis recedere debet obtentu contrariæ voluntatis.

Quamvis hæc perspicua ac certa videantur; tamen contraria sententia, quæ 11 voluntatem verbis anteponit cum ratione,

ne, tum multarum legum nititur auctoritate. Ratione; quia ab hominibus, ut ait Horatius, inventa sunt verba, quibus voces, sensusque notarent, & verba voluntati famulantur, quæ si posset sine verbis intelligi, cognoscique, verba essent omnino supervacanea. Recte Cic. *pro A. Cæcin. Voluntas, quæ si tacitis nobis intelligi posset, verbis omnino non uteremur: quia non potest, verba reperta sunt, non quæ impedirent, sed quæ indicarent voluntatem*, & ut ajebat Tubero: quorsum nomina nisi, ut demonstrent voluntatem dicentis. *l. Labeo 7. §. Servius ff. de supell. leg.* Quamobrem prior est ac potentior, quam vox, mens dicentis, ut ibi fatetur Servius, contrariæ sententiæ assertor. Est igitur calumniatoris officium, verba, & literas sequi, & negligere voluntatem. Cornific. *ad Heren. lib. 2. Neque enim tantopere laboramus in exploranda verborum significatione, nisi ut mentem scribentis assequamur.* Eodem tendunt omnia argumenta, omnes conjecturæ, quibus utimur in causis agendis.

12 Rationi accedit plurimarum legum auctoritas. Paulus in *l. qui quartum 15. ff de leg. 1. Qui quartam partem bonorum legare voluit, dimidiam scripsit: Proculus recte ait posse defendi, quartam partem legatam, quia inesset dimidiæ. Idem erit etsi quinquaginta voluit legare, & centum scripta sint: quinquaginta enim debebuntur. Sed et si plus legare voluit, & minus scripsit, valebit legatum.* Hujus rei elegantissimum affert exemplum Quinctilian. *instit. orat. lib. 7. c. 6. Qui sestertium nummum quinque millia legaverat: cum emendaret testamentum, sublatis sestertiis nummis, argenti pondo posuit, quinque millia remanserunt: apparuit tamen quinque pondo dari voluisse, quia ille in argento legato modus inauditus erat, & incredibilis.*

Ulpianus in *l. librorum 52. §. quod tamen Cassius ff. de leg. 3. Quod tamen Cassius de membranis puris scripsit, verum est: nam nec chartæ puræ debentur libris legatis, nec chartis legatis libri debebuntur, nisi forte & hic nos urserit voluntas.* Modestinus in *l. cum quidam 8. ff. de supellect. leg.* respondet, *si quid in supellectili argentum est, deberi: escale autem, vel potorium argentum non deberi, nisi hoc quoque testatorem sensisse legatarius doceat.* In *l. quisquis 95. ff. de leg. 3. Voluntatem præterea defuncti, quæ maxime in fideicommissis valeret ei sententiæ suffragari.* In *l. cum virum C. de fideic. Sane quoniam in fideicommissis voluntas magis, quam verba plerumque intuenda est.* In *l. cum de lanionis 18. §. item caccabos ff. de inst. vel instrum. leg. Optimum ergo esse Pedius ait non propriam verborum significationem scrutari, sed in primis quid testator demonstrare voluit.*

Ulpianus in *l. si quis vinum 9. in princ. ff. de trit. vin. & ol. leg. Si mulsum sit factum vini appellatione non continebitur proprie, nisi forte patersam. etiam de hoc sensit. Certe zythum, quod in quibusdam provinciis ex tritico, vel hordeo, vel pane conficitur, non continebitur &c.* Subdit post aliarum potionum numerationem, quæ vini appellatione non continentur: *nisi alia mens testantis fuit.* Sed hanc legem memini me alias luculenter exposuisse.

Multo clarius id probatur auctoritate Hadriani Imperatoris, cujus constitutionem refert Pomponius in *l. Divus 22. in princ. ff. de usu, & habitatione.* Ibi: *Divus Hadrianus, cum quibusdam usus sylvæ legatus esset, statuit fructum quoque eis legatum videri, quia nisi liceret legatariis cædere sylvam, & vendere, quemadmodum usufructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato.* Nimirum legata erat sylva cædua, cujus nullus usus, nisi cædi posset.

Ma-

Magis urget Pomponii dictum in *l. Proculus* 19. *ff. de usufr.* qui putat insulam ita legari posse. Ædium mearum, quoad altius, uti nunc sunt, ædificatæ sint, illi usumfructum do, lego. Testator legat usumfructum insulæ, & legato continetur ipsa insula. Longe differunt fundus seu insula ab usufructu, adeo ut si testator fundum leget, cum nolit legare usumfructum, nihilominus ususfructus legato continetur *l. si alii* 19. *ff. de usufr. leg.* ergo & si leget usumfructum, cum voluerit legare insulam, debebitur ususfructus, quem legavit, non insula, quam non legavit. Si legato fundo non debetur sola proprietas, etiamsi id senserit testator, nec legato usufructu debebitur proprietas, etiamsi testator voluerit legare proprietatem: si quidem neglecta voluntate, verborum vim tantummodo credimus inspiciendam.

Idem Pomponius in *l. inter vestem* 33. *ff de aur. leg. Difficultatem facit mens legantis si & ipse solitus fuerit uti quadam veste, quæ etiam mulieribus conveniens est. Itaque ante omnia dicendum est eam legatam esse, de qua testator senserit, non quæ revera, aut muliebris, aut virilis sit. Nam & Quinctus Mucius ait scire se quemdam Senatorem muliebribus cænatoriis uti solitum, qui si legaret muliebrem vestem, non videretur de ea sensisse, qua ipse quasi virili utebatur.*

Imperator Justinianus in *l. 3. C. de liber. præter. Cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat.* Clarius definiri non poterat id quod quærimus.

Facit etiam pro hac sententia Ulpianus in *l.cogi* 16.*ff. ad S.C. Trebell.* nec non Hermogenianus, & Paulus in duabus Legibus antecedentibus, in quibus omnes communi consensu statuunt, hæredem cogi restituere hæreditatem non solum si hereditatem restituere rogatus sit, sed etiam si familiam, si pecuniam, si universam rem suam, si omnia sua, si patrimonium, si facultates, si quicquid habet, si censum suum, si fortunas suas, si substantiam suam, si peculium suum restituere rogaverit testator, nisi probetur, eum aliter sensisse: in ambiguo enim de successione sensisse statuit Ulpianus. Igitur quamvis verba notent res ab hæreditate longe diversas, tamen si illis hæreditatem voluit significare testator, verborum significationem posthabemus, & quod magis est, neglecta verborum significatione, ita testatorem voluisse præsumimus.

13 Quidam efferunt ad hoc probandum totum titulum Codicis: *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*: & ex eo titulo allegant *l.* 1. 2. 3. 4. in quibus habetur id quod actum est, valet, non quod scriptum. Non recte, ut mea fert sententia. Nam ille titulus tam alienus est a nostra quæstione, quam quod maxime. Ibi enim pertractatur de illis, qui aliud agunt, aliud se agere simulant. Hi fingunt, non ex animo agunt. Quod vere & ex animo egerunt, non quod finxerunt, valere oportet. Fictio cedat veritati necesse est: ac propterea etiam scriptura rei gestæ cedat oportet. Nam illi veritatem & rem gestam celare satagerunt, rem simulatam in scripturam redegerunt, ut incautis, reique gestæ & conventionis inter eos initæ ignaris imponerent: ut constat ex laudatis Legibus.

14 Quæ in ultimis voluntatibus, eadem & in contractibus sunt constituta. In his semper id, quod actum est, quæritur, nempe quid senserint contrahentes, cum inter se contrahendo convenerunt. In *l. quod Celsus* 6. §. 1. *ff. de contr. empt. In emptis enim, & venditis, potius id quod actum, quam id, quod dictum sit, sequendum est.* In *l. ult. ff. de hæredit. vel act. vend. Imo semper quæritur in ea re, quod actum*

*actum fuerit*. In *l. fistulas* 78. *in princ. ff. de contr. empt. Apparere id actum esse, ut id quoque accederet, licet scriptura non contineretur*. *l. cum manu sata* 80. §. *silva ff. eodem*. *Servium respondisse, primum sequendum esse, quod appareret actum esse*. In *l. dotis* 7. §. *si usufructus ff. de jur. dot. Celsus libro decimo digestorum ait interesse, quid acti sit, &, si non appareat, aliud actum, putare se &c.* Similia exempla sunt in *l. qui usumfructum* 36. §. *Si stipulatus ff. de usufr.* in *l.* 2. §. 1. *ff. de hered. vel act. vend.* in *l. id quod* 7. *ff. de pericul. & comm. rei vend.* in *l. In lege* 77. *ff. de contr. empt.*

15 Animadvertendum tamen est, quod in laudatis Legibus scriptum non repugnabat voluntati contrahentium, adeoque non erat controversia, scriptone, an voluntati standum esset. Aut enim nihil erat dictum a contrahentibus de re controversa, & tunc utique spectanda est voluntas contrahentium: aut si non appareat, secundum jus est respondendum, ut fit in plerisque superiorum Legum. Aut verba erant ambigua, & tunc semper ad voluntatem contrahentium traducenda sunt *l. in ambiguis* 96. *l. in obscuris* 114. *ff. de reg. jur. l. ubi est verborum* 21. *ff. de reb. dub.*

---

## CAPUT XIX.

### *Ad eamdem L.*

### SUMMARIUM.

I *In voluntate ambigua verbis claris inhaerendum. Voluntas quando sit ambigua.*

II *Non potest haberi ratio ejus, quod quis vult, nisi id dixerit.*

III *A scripto recedere ex conjecturis valde periculosum & prope infinitum n. IV.*

V *In voluntate manifesta, verbis standum non est, nisi perspicua sint.*

VI *Exemplum voluntatis manifestae & verborum ambiguorum in l. librorum. §. quod tamen Cassius ff. de leg. 3. & in l. Divus ff. de us. & habit. n.* VII.

VIII *Plura ambigui genera.*

IX *In iis, quibus vocabula hominum arbitrio indita sunt, usum & voluntatem disponentis sequimur.*

X *Conciliatur l. Labeo 7. §. Servius ff. de supellect. leg. cum l. 8. ff. eod.*

XI *Explicatur l. Proculus 19. ff. de usufr.*

XII *Si plus dictum, minus scriptum sit, attenditur potius dictum, quam scriptum. Afferunt exempla n.* XIII. XIV.

XV *Sed si quod minus scriptum est, pertineat ad substantiam dispositionis, hoc attenditur: & si dispositio deficiat, neutrum attenditur.*

XVI *In fideicommissis spectatur potius voluntas, quam verba.*

XVII *Et in contractibus.*

1 EXpositis argumentis in utramque partem, modo superest disquirendum, quae sententia tenenda sit, quaeque sit maxime consentanea veritati. Ego, si quid hac in re possum arbitrari, sic statuo.

Prima sit regula, *Quoties verba clara sunt, & voluntas ambigua: verbis est inhaerendum, nec voluntas in disquisitionem vocanda*. Et hoc est, quod ait Paulus in *l. ille aut ille* 25. *ff. de leg.* 3. *Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*. Utinam hoc nostri judices observarent, quantum multitudo litium minueretur? quot controversiae facillime dirimerentur? Hinc seges uberrimo cavillationum, disceptationum, contentionum forensium, quae in infinitum progrediuntur, quae non solum emungunt, sed etiam exossant miseros litigantes. Gravis morbus, & in dies ingravescens: nulla enim potest adhiberi medicina, quia maximum in foro versantibus affert emolumentum. Cum dixi voluntatem ambiguam, non id volui dicere, scripto inhaerendum solummodo, cum in-

Digitized by Google

incerta eſt, & obſcura voluntas: ſed etiam quandocumque non eſt manifeſta, nec adeo perſpicua, ſicut ipſa verba. Et hoc eſt, quod recte præcipit Marcellus in *l. non aliter 68. ff. de leg. 3. Non aliter a ſignificatione verborum recedi oportet, quam cum manifeſtum eſt aliud ſenſiſſe teſtatorem*. Ut a verbis recedatur, non ſufficit, ut de voluntate poſſit diſputari, ſed oportet eam eſſe manifeſtam. Si manifeſta non ſit, ſi levibus conjecturis nitatur, non eſt audiendus, qui verba cavillatur, & rem perſpicuam vocat in diſceptationem: non eſt admittenda voluntatis quæſtio. Et huc pertinent *l. 4. in princ. ff. de leg. 1. l. Labeo 7. §. 1. ff. de ſupell. leg. l. ſi alii 19. ff. de uſufr. leg. l. non eſt ferendus ff. de tranſact.* & aliæ, quas ad probandam primam opinionem expoſuimus in ſuperior. Eleganter Cicero *de invent. Nihil eos, qui judicant, niſi id, quod ſcriptum ſit, ſpectare oportere*: & hoc eo magis, ſi legitimum ſcriptum proferatur, id eſt aut lex ipſa, aut ex lege aliquid. Hu-
2 jus autem multiplex eſt ratio. Prima, eaque potiſſima, quia non ſufficit teſtatorem voluiſſe aliquid, niſi hoc in teſtamento dixerit *l. quidam 46. ff. de hæred. inſtit.* Igitur nulla poteſt haberi ratio voluntatis, quoties aliud dixit in teſtamento: etiamſi enim aliud voluerit, tamen cum id non dixerit, quia id verba non ſignificant: quo ad id, quod voluit, deficit diſpoſitio *l. 3. ff. de rebus dub. l. Labeo 7. in fin. ff. de ſupell. leg.* ac propterea voluntas illa in mente retenta nullum habet effectum:

3 Altera, quia valde periculoſum eſt, a ſcripto recedere. Plerumque enim nec id quod ſcriptum eſt, ſequimur, nec id, quod voluit teſtator. Conjecturæ enim admodum fallaces ſunt, eæque nunquam venerunt in mentem teſtatori. Itaque cum volumus mentem retruſam teſtatoris indagare, ab ea quam longiſſime recedimus. Optime Cornif. *ad Heren. lib. 2. Deinde oſtenditur, quam periculoſum ſit a ſcripto recedere.* Cic. *de Clar. orat. Quam captioſum eſſet populo, quod ſcriptum eſſet, negligi, & opinione quæri voluntates, & interpretatione diſertorum, ſcripta ſimplicium hominum pervertere*. Pervertunt ſcilicet voluntates defunctorum, cum verba, quæ certa ſunt atque perſpicua, repudiant: voluntatem, quæ dubia eſt, & in occulto latet, conſectantur. Incerta certis, obſcura perſpicuis anteponunt. Sapienter M. Tullius *in partit. Cur, eum ea quæ plane ſcripta ſint, neglexit; quæ nunquam ſcripta ſint, proferat*. Nimirum ex judicibus conjectores, & vaticinatores fiunt alienæ voluntatis: quo fit, ut ſæpenumero, quo diligentius odorari curant, quid teſtator voluerit, eo longius aberrent ab ejus voluntate.

Adjungitur tertia ratio: quia id pro- 4
pe infinitum, nullisque reſtrictum legibus imperium tribuit pro ſuo arbitrio judicandi, ut animadvertit Cic. *de invent. lib. 2. n. 28. ed. Gothofr. Eos, qui judicent, certum, quod ſequantur, nihil habituros, ſi ſemel a ſcripto recedere conſueverint*. At vero, quod ſane deplorandum eſt, non ſolum jamdiu conſueverunt, ſed etiam omnes fere cauſas, ad conjecturales redegerunt: adeoque nullis vinculis in judicando coercentur. Conjecturas enim quilibet tanti æſtimat, quanti placuerit: plena enim ſunt omnia diſputationibus Juriſconſultorum de ſingulis conjecturis acerrime diſceptantium, leveſne ſint, & imbecilles, an fortes, ac vehementes; & quam magnus earum cumulus eſſe debeat, ut animum judicis permovere poſſit, ac ſuadere. Immenſum eſt conjecturarum pelagus, in quo enavigando quilibet judex a proprio ingenio profectam cynoſuram ſpectat, & contuetur. Sed hæc ratio, quantum conjectura poſſum augurari, nullam in animis judicum habebit vim perſua-

persuadendi. Itaque ad secundam regulam progrediamur.

5 Altera regula sit. *Si verba non sint perspicua, nec unam tantum rem significent; sit autem manifesta voluntas, non verbis, sed voluntati standum est*. Traditur hæc a Marcello in *L. non aliter 69. in princ. ff. de leg. 3. Non aliter a significatione verborum recedendum est, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem*. Requirit JC. manifestam voluntatem testatoris, ut possimus recedere a significatione verborum. Manifestissimam requirit Imperator noster in *L. 3. C. de liber. præter. Cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat*. Animadvertendum autem est, hic verba exheredationis non fuisse usque adeo clara, ut non indigerent interpretatione: quoties igitur necessaria est in verbis interpretatio, & manifestissimus est sensus testatoris, hic præferendus est verbis. Præterquam quod in specie hujus Legis sensus testatoris apparebat ex ipsis verbis: licet enim testator perspicue non dixisset: *Filius meus exhæres esto*: quæ sunt propria exhæredationis verba *L. 2. ff. de liber. & post.* sed tamen usus fuit verbis idem significantibus: *Filius meus alienus meæ substantiæ fiat*: nam & substantiæ nomen significat hæreditatem *L. cogi in princ. ff.ad SC.Trebell.* a qua ipsum manifeste repellit testator illis verbis *alienus fiat*, quibus ab eo alienat hæreditatem, hoc est, exhæredat. Quamobrem non solum hic verba nob pugnant cum voluntate, sed imo ex ipsis verbis colligitur manifesta testatoris voluntas.

His probe constitutis, facile explicantur Leges, quæ pro voluntate contra scriptum proferuntur, in quibus semper ambigua verba proponuntur. In *l. librorum 52. §. quod tamen Cassius ff. de leg. 3. Licet enim legati libris membranæ puræ & chartæ puræ non contineantur, nec legatis chartis libri debeantur; tamen cum in usu libros plerique chartas apellent*. Dicto §. *quod tamen Cassius*, hoc efficitur, ut verba illa sint ambigua, adeoque voluntati standum sit. Observa autem verba quibus utitur Jurisconsultus: *nisi forte & hic nos urserit voluntas*: urgentem & claram voluntatem desiderat: veluti si chartas universas reliquerit, qui nihil aliud quam libros habebat, Studiosus Studioso. Illud etiam velim observes, quod ei non sufficit quorumdam usus, sed desiderat usum plerorumque. Vide quam multa requirat, ut a propria verborum significatione recedat. Plane verissimum est, quod a plerisque libri vocantur chartæ. Catull. *ad Mam. 69. Sed dicam vobis, vos porro dicite multis Millibus, & facite hæc charta loquatur anus*. Indicat suum libellum, de quo dixerat in *ep. 1. Plus uno maneat perenne seclo*. Id: *de historia Cornelii Nepotis*, ejusque breviloquentia eod. *ep. 1. Jam tum, eum ausus es unus Italorum omne ævum tribus explicare chartis doctis, Juppiter, & laboriosis*. Virg. *ad Messal. Naturæ rerum magnis intexere chartis*. Cic. *pro M. Cælio. Chartæ quoque, quæ illam pristinam severitatem continebant, obsoleverunt*. Loquitur de libris Philosophorum. Et Ovidius 3. *de Tristib. eleg. 2. Nullus in hac charta versus amare docet*, & Persius quoque dixit *Satyr. 5. nocturnis impallescere chartis*. Et quidem recte. Etenim, ut refert Plinius *lib. 3. cap. 11.* Veteres primum in foliis arborum & palmarum scripsere, quo pertinet illud Virgilii *Æneid. 6. foliis ne carmina manda*. Deinde in quarumdam arborum libris: demum condita Alexandria usus chartæ inventus, quæ ex papyro Ægyptiaca conficiebatur. Itaque liber ex corticibus arborum, charta ex papyro. Cum autem tam in libro quam in charta scriberetur, & idem prorsus esset utriusque usus, non mirum si char-

tæ

tæ pro libris, & libri pro chartis acciperentur. Est igitur utraque vox ambigua, atque eapropter voluntati standum est. Nam in ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id tantum quod volumus. *L.* 3. *in princ. ff. de reb. dub.*

7 In *l. Divus* 22. *ff. de usu & habit.* utique cui legatus est usus cæduæ, potest eam cædere & vendere, quid quoties usus alicujus rei consistit in abusu potest idem usuarius ac fructuarius *l.* 5. §. *ult. D. de usufr. ear. rer.* ubi ait Ulpianus. *Quæ in usufructu pecuniæ diximus, vel cæterarum rerum quæ sunt in abusu, eadem & in usu dicenda sunt: nam idem continere usum pecuniæ usumfructum, & Julianus scribit & Pomponius libro octavo de stipulationibus.* Et in *l. quoniam* 10. §. 1. *ff. eod. si usus tantum pecuniæ legatus sit, quia in hac specie usus appellatione, etiam fructum contineri magis accipiendum est.* Eaque ratio est, quia nisi liceret pecuniam expendere & cæteras res, quæ usu consumuntur, consumere, nullus esset earum usus sylvæ cæduæ, si non liceret legatario eam cadere & vendere, quod aperte nos docet Imperator Hadrianus in ea Lege illis verbis: *quia nisi liceret legatariis sylvam cædere & vendere, nihil habituri essent ex eo legato. d. l. Divus* 22. *ff. de usu & habit.*

Atque id eo magis est rationi consentaneum, quod verbum *usus* natura sua generale est, & comprehendit etiam usumfructum. Nam & fructuarius utitur re, in qua usumfructum habet. Quamobrem aliquando usus & ususfructus promiscue accipiuntur. Cic. *in Topic. in princ. Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis & oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere: usus enim non abusus legatus est.* Lucretius *lib.* 3. quoque usum dixit vitæ nos habere, licet vita non solum utamur, sed etiam fruamur. *Vitaque mancipio nulli datur, omnibus usu.* Et Cicero *in Tuscul.* vitam nos utendam ait accepisse. Et de *nat. Deor. lib.* 2. *Quod si omnes mundi partes ita constitutæ sunt, ut neque ad usum meliores potuerint esse, neque ad speciem pulchriores, mundi partium non solum habemus usum, sed etiam fructum.* Et 4. *in Verr. Quæ bona is qui testamentum fecit, huic Heraclio, antequam est mortuus, omnia utenda possidenda tradiderat.* Imo quod Ulpianus in *l. si habitatio* 10. §. 1. *ff. de us. & habit.* ait, sed si χρῆσις sit relicta, an usus sit, videndum, & Papinianus libro responsorum ait usum esse, non etiam fructum relictum. Contra Cic. *lib.* 7. *epist.* 30. cum Curius ad eum in superiore epistola scripsisset: sum enim χρήσει μεν tuus κτήσει δε Attici nostri, respondit, *Atticum nostrum, cujus quando proprium te esse scribis mancipio & nexu meum autem usu & fructu, contentus isto sum.* χρῆσιν interpretatus est, usum, & fructum. Eadem ratione in legibus duodecim tabularum, de quibus idem Cicero pro *Cæcin.* 54. *Lex usum & auctoritatem fundi jubet esse biennium.* Quo pertinet illud Horat. in *sermon.* 2. *lib.* 2. *Quædam, si credis consultis, mancipat usus.* Hinc a nostris usucapio est appellata, quod usu dominium acquiratur. Verumtamen qui usucapit, non tantum habet usum rei, quam usucapit, sed etiam fructum. Quid? quod aliquando nomen usus etiam dominium & proprietatem comprehendit, ut in *l. ult. ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum.* in *l. donationes* §. *species ff. de donat.*

Hic autem opportune est animadvertendum, plura esse ambigui genera. 8 Ambiguum enim aliquando nascitur ex dispositione verborum: quemadmodum illud est, quod a M. Tullio proponitur in libro 2. *de invent.* & a Cornific. *l.* 1. *Hæres meus uxori meæ vasorum argenteorum pondo centum, quæ volet, dato:* ubi verba illa *quæ volet*, & ad uxorem & ad hæredem referri possunt. In hoc ambiguo semper voluntati testatoris standum

dum est: neque enim hic voluntas cum scripto pugnat, neque ab eo dissentit: atque ideo interpretatione & scriptum voluntati, & voluntas scripto est accommodanda, ut neutrum ab altero dissentiat. Aliquando ambiguum nascitur ex aliquo verbo quod in duas pluresve sententias trahi potest. Et hoc meo judicio duplex est. Nam aut verbum ambiguum duas habet significationes, & a scriptoribus communiter aut ab usu populari in utraque significatione æque solet accipi: & in hoc ambiguo solum de voluntate proferentis est quærendum. Etenim in hoc quoque non discrepat a scripto voluntas, quia testator id voluit quod verbum significat, licet in alia quoque significatione accipi possit *l. in ambiguo ff. de reb. dub.* aut verbum secundum propriam significationem, & usum communem certam rem demonstrat, ac designat: sed tamen inspecta primæva ejus origine ac significatione, potest plura comprehendere, ut in superioris legis explicatione in verbo *usus* evenire diximus: & tunc, ut verbum illud juxta primævam, ac generalem significationem interpretemur, manifestam, & indubitatam voluntatem testatoris requirimus *l. non aliter 69. ff. de leg.* 3. Discrepat enim a scripto voluntas, aliud verba præseferunt. Quod si verbum trahi non possit in eam sententiam, quam præsefert voluntas scribentis, tunc utique scripto standum est, ut perspicue probant omnes leges, quas pro scripto expendimus in superiore.

9 Duas alias leges explicemus. In *l. inter vestem 33. ff. de aur. & arg. leg.* ideo voluntas & usus testatoris attenditur, quia vestis virilis a muliebri solo usu differt. Muliebris enim vestis dicitur, quæ matrisfam. causa est comparata, qua vir non facile uti potest sine vituperatione: virilis, quæ ipsius patrisfam. comparata est *l. vestis 24. §. 1. ff. eod.* Quamobrem si paterfam. sui ipsius causa vestem paraverit, eaque domi utatur tamquam virili, licet ea soleant uti mulieres, illa quoad testatorem est vestis virilis. Domi enim etiam sine vituperatione potest quilibet uti ea veste, qua voluerit: ac propterea Quintus Mucius referebat, scire se quemdam Senatorem muliebribus cænatoriis uti solitum *d. l. inter vestem*: itaque vestis illa cum ex destinatione, tum ex usu testatoris in virilem quodammodo est transformata: propterea & voluntatem & usum testatoris sequimur *l. ubi est ambiguitas ff. de reb. dub. l. servus 50. §. ult. ff. de leg.* 1. nec tamen a verbis recedimus, cum ea ad hanc significationem detorserit usus, & destinatio testatoris. Hæc enim vocabula hominum arbitrio indita sunt, nec immutabilia sunt, ut rerum vocabula *l. 4. ff. de leg. 1. l. 7. §. 1. ff. de supell. leg. l. si cui ædes 31. ff. de leg.* 3.

10 Ex his dirimi potest controversia inter Servium, & Modestinum, quorum ille in *l. Labeo 7. §. Servius D. de supell. leg.* ajebat legato suppellectilis non contineri argentum escarium, etiamsi testator hoc adscribere supellectili solitus fuisset: hic autem in *l. 8. eod.* ait contineri: si de hoc etiam testator senserit. Etenim animadvertendum est, quod considerata veterum Romanorum parsimonia, & frugalitate, qui fictili, aut lignea, aut vitrea, & ærea supellectili utebantur *l. Labeo 7. §. 1. ff. de supell. leg.* argentum escarium & potorium supellectilis appellatione non continebatur, sed argenti nomine *l. 1. l. 3. §. nec interest l. 7. §. 1. ff. de supell. leg.* Certe Cicero supellectilem semper distinguit, ac separat ab argento. *Lib. 11. ad Attic. ep. ult. Te oro, ut in perditis rebus, si quid cogi, conficique potest, quod sit in tuto, ex argento, neque satis multa ex supellectile, des operam.* Et in *Verr. Lib. 2. studiosus hæc comparat, supellectilem ex ære elegantiorem, & Deliacam & Corinthiam: tabulas pictas: etiam argenti*

Digitized by Google

*genti bene facti, prout Thermitani hominis facultates ferebant, fatis.* Postea vero Asiæ deliciis prisca severitate mitigata, luxuque gliscente invaluit usus argenteæ supellectilis, & etiam argentum escarium & potorium supellectili coepit adnumerari. Nec perperam meo judicio. Nam vasa escaria & potoria supellectilis sunt. *l.* 3. §. *vitrea l. vasa ff. de supell. leg. Paul. lib.* 3. *sentent. tit. de legat.* §. 70. *Horat. Serm.* 6. *lib.* 1. *vilis cum patera guttus Campana supellex.*

Quidni igitur & vasa argentea ad edendum, bibendumque comparata supellectili adscribantur, postquam increbuit consuetudo ea ex argento conficiendi? Etenim speciem potius rerum, quam materiam intueri oportet, supellectilis potius, an argenti, an vestis sint *l.* 7. §. 1. *in fin. ff. de supellect. leg.* Itaque Paulus *Lib.* 4. *sentent. tit. de legat.* §. 67. sine ulla hæsitatione hæc vasa ad supellectilem adscripsit. Ibi: *supellectile legata capsæ, armaria, non solum librorum, aut quæ vestis ponendæ gratia parata sunt, debentur: sed & byssina, & crystalla, & argentea, & vitrea vasa tam escaria, quam pocularia, & vestes stratoriæ legato cedunt.* Locus valde corruptus. Viri docti emendant, & quidem meo judicio rectissime. *Non quæ solum librorum aut vestis ponendæ gratia parata sunt:* ne Paulus a se ipso dissentiat, qui in *l.* 3. §. *præterea ff. de supell. leg.* contrarium scripsit. Fortasse etiam librarius omisit verbum *quæ* post particulam *non*, cum iterum esset adjectum post verba, *aut quæ*, ne bis idem verbum repeteret: ideoque ita legi potest: *non quæ solum librorum, aut quæ vestis &c.* quod est elegantius. Ac si nihil mutare placeat particula *non* erit referenda ad verbum *solum*. Emendant etiam verbum *byssina*, quod nullum idoneum sensum habet, & mutant in *murrina* aut *buxina*, hoc est, ex buxo fabrefacta *Murrina* magis placet: quæ cum crystallinis conjunxit idem Paulus in *l.* 3. §. *de murrinis ff. supellect. leg.* Est enim maxime conveniens, ut quæ magni pretii sunt, & de quibus dubitatur, simul junguntur, ut sunt murrina, crystallina, argentea, de quibus pertractat etiam in laudata *l. tertia*.

Quantum ad rem nostram pertinet, propter communem populi usum, qui supellectili adscribit etiam vasa argentea ad edendum & bibendum parata, ambiguum nascitur, utrum argento, an supellectile contineantur; in ambiguo autem voluntas testatoris spectanda est, ut diximus. Ideoque Modestinus in laudata *l. quidam* 8. *ff. de supell. leg.* ait, hæc quoque deberi, si de his quoque testatorem sensisse probatum fuerit: quemadmodum de candelabro argenteo respondit Paulus in *l.* 3. *in fin. ff. eod.* Tempore autem Servii, cum nondum increbuisset usus argenteæ supellectilis, nec eo tempore error jus faceret, verbis non voluntate standum erat. Porro Modestinus fortasse lautitiam luxumque Romanorum morose fastidiens non facile adducebatur, ut argentum escarium & popularium supellectili adscriberet voluntas testatoris, quod facile Paulus multo indulgentior admiserat.

Superest explicanda l. *Proculus ff. de usur.* a nostris interpretibus maxime vexata. Omitto eos, qui putant in legato ibi proposito solum usumfructum contineri, quorum sententiam non improbo. Sed ne a communi opinione recedamus, quæ verbis Legis est magis consentanea, dicendum est, ibi proprietatem legatam videri, hoc est, non solum usumfructum insulæ, sed ipsam insulam, non vi solius verbi *usus fructus*, nec ex vi solius voluntatis aliis verbis non significatæ. Extenditur quidem legatum ususfructus ad totam insulam ex voluntate testatoris: Sed hæc voluntas non ex conjecturis ex interpretum mente prognatis colligitur, sed ex 11

*heredum inst. l. errore C. de testam.* Etenim quod deest aut ex verbis antecedentibus, & subsequentibus suppletur iis ad communionem assumptis, ut ait Papinianus in *l. cum pater* 77. §. *cum imperfecta* 22. *ff. de leg.* 2. & *l. unum ex familia* 61. §. *si omissa ff. eod.* aut suppletur a lege, ut in laudata *l.* 1. §. *si autem ff. de hered. inst.* & in *l. errore C. de testam.* Lex enim plerumque etiam imperfectam scripturam probat, maxime in fideicommissis, in quibus etsi verba fideicommissi desint, tamen pro fideicommisso accipit. *l. unum ex familia* §. *ult. ff. de leg.* 2. ibi: *Et ideo Princeps providentissimus, & juris religiosissimus cum fideicommissi verba cessare animadverteret, eum sermonem pro fideicommisso rescripsit accipiendum l.* 2. §. *& nemo moriens C. comm. de legat. l. cum proponebatur* 64. *ff. de leg.* 2. *Etenim in causa fideicommissi, utcumque precaria voluntas quæreretur, conjectura potuit admitti l.* 2. *C. de his, quæ sub modo leg.* ad quam intelligendam sciendum quod verbo *relinquo* neque legatum, neque fideicommissum inducebatur: non legatum, quia directum verbum non erat; non fideicommissum, quia nec erat precarium. *Paul. lib.* 4. *sent. tit.* 1. *de fideicomm.* §. 10. *Relinquo vero & commendo, nullam fideicommissi pariunt actionem*. Veruntamen, si constet de voluntate testatoris, etiam verbum *relinquo* inducit fideicommissum aut legatum, ut in *l. Lucius* 78. §. *filiam* 8. *ff. ad SC. Trebell. Ducentos aureos relinquo, quo legato scio illum contentum esse.* Verba illa *quo legato* &c. certo demonstrant voluntatem testatoris legatum relinquere volentis. Sic & in *l. Pamphilo* 36. *in pr. ff. de legat.* 3. proponitur, testatorem ita scripsisse: *Scio omnia, quæ tibi, Pamphile, relinquo od filios meos perventura, cum affectionem tuam circa eos bene perspectam habeam.* Respondetur, *non videri quidem, quantum ad verba testatoris pertinet, fideicommissum Pamphili, ut centum restitueret, sed cum sententiam defuncti a liberto decipi satis inhumanum est, centum ei relictos filiis testatoris debere restitui, quia & in simili specie Imperator noster Divus Marcus hoc constituit.* Marci rescriptum a Papiniano relatum est in *l. unum ex familia*, §. *item Marcus ff. de leg.* 2. Non eadem est ratio, si dixerit testator: *puto te consequuturum*: hæc enim verba fideicommissum non inducunt *l. generali* 32. *ff. de usu, & usufr. leg.* verba *scio*, *non dubito*, cum certam ac deliberatam voluntatem testatoris demonstrent, licet non ex natura sua, tamen ex legis interpretatione fideicommissum inducunt d. *l. unum ex familia* 67. §. *ult. ff. de leg.* 2. verum *puto*, cum opinionem tantummodo præseferat, non inducit *d. l. generali*. Idem rescriptum est de verbo *commendo* in *l. ex verbo C. de fideicomm. libert.* ne quidem favore libertatis *l. quoties C. famil. ercisc. l. Thais.* §. *Lucius Titius*, 6. *ff. de fideic. libert.* ubi plura alia concurrebant verba, quibus videbatur constare de voluntate testatoris: nihilominus respondit Scævola non necessitatem hæredibus impositam, sed arbitrium permissum. Recte, quia verbum *commendo* non obligat *l. ult. C. quod cum eo, qui in al. pot. l. si vero* 2. §. *cum quidam* 2. *ff mand.*

Tertio, cum lex ipsa præsumit plus 14
dictum, minus scriptum, ut in celeberrimo responso Papiniani in *l. cum avus ff. de cond. & demonstr.* Tunc autem nulla verba sunt necessaria. Neque enim ex interpretatione verborum, sed ex conjectura pietatis a lege suppletur, quod minus scriptum esse præsumit: *fideicommissi conditionem conjectura pietatis respondi defecisse, quod minus scriptum, quam dictum fuerat, inveniretur.*

Superior regula exceptionem habet: 15



Si

*Si quod minus scriptum est, ad substantiam dispositionis pertineat, quod minus scriptum est, attenditur, non quod magis dictum, &, si deficiat dispositio, neutrum attenditur*. Exempla proponuntur ab Ulpiano *in l. quoties 9. ff. de hered. instit.* Si testator alium hæredem scribere voluit, alium scripsit, neuter hæres erit: non, quem voluit, quia non scripsit: non, quem scripsit, quia non voluit: si quis lancem legare volens, vestem legaverit, neque lanx debetur, quia non legavit, neque vestis, quia legare noluit. Si voluit institutioni conditionem inserere, & non inseruit, nulla est institutio, quia institutus nec pure hæres esse potest, quia testator noluit, nec sub conditione, quia non scripsit. Omissa conditio a lege non suppletur: adjecta detrahitur. Facilius lex detrahit aliquid, quam adjiciat. Sic etiam ab institutionibus detrahit certum tempus adjectum, & ab omnibus ultimis voluntatibus detrahit impossibiles conditiones §. *hæres 9. cum seq. inst. tit. de hæred. instit.*

16 Quarta regula, quam constituimus. *In fideicommissis voluntatem potius, quam verba spectamus*: tradita est ab Imperatoribus in *l. cum virum 16. in fin. C. de fideicomm. Sane quoniam in fideicommissis voluntas magis quam verba plerumque intuenda est*. & Marciano in *l. quisquis 95. in fin. ff. de leg. 3. Voluntatem præterea defuncti, quæ maxime in fideicommissis valeret, ei sententiæ suffragari*. Exempla attulimus modo in explicatione superioris regulæ, ex quibus etiam constat, cur Imperatores adjecerint *plerumque*, & Jurisconsultus *maxime*: quia non semper id obtinet, ut apparet ex laudatis exemplis. Ratio autem, qua hæc regula nititur, ea est, quia fideicommissa etiam sine verbis relinqui possunt, vel solo natu *l. nutu 21. ff. de leg. 3. l. & in epistola C. de fideicomm.*

17 Quinta: *idem obtinet in conditionibus*. Ulpianus in *l. in conditionibus 19. ff. de cond. & dem. In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones*. Papinianus in *l. Pater Severianam 101. in princ. ff. eod. cum in conditionibus testamentorum, voluntatem potius, quam verba considerari oporteat*. Exempla plura occurrunt. Primum in *l. fideicommissa 11. §. si cui ita fuerit 11. ff. de leg. 3. Si cui ita fuerit fideicommissum relictum: si morte patris sui juris fuerit effectus, & emancipatione sui juris factus sit, non videri defecisse conditionem*. Mors ad emancipationem extenditur, quia utraque filium liberat a patria potestate. Effectum, quem voluit testator, non verba quantumvis perspicua, spectamus. Etenim testator illam conditionem adjecit, ut filio, non patri legatum acquireretur, quod utro modo contingat, nihil interest. Itaque & conditio emancipationis ad mortem, imo & ad deportationem trahitur *l. 5. C. de inst. & subst.* Paulus *lib. 4. sent. tit. 16. §. 12. In tempus emancipationis, vel cum sui juris erit fideicommissum relictum, quocumque modo patria potestate liberato debetur*. Et quidem statim debetur, statim enim cedit legati dies *l. si ita esset 15. D. qu. d. leg. ced.* Aliud exemplum proponitur ab Ulpiano in ea conditione: *si in tutelam suam venerit*: qua conditione significatur pubertatis tempus *l. cum filiofam. 50. ff. de leg. 3.* Atque hæc est horum verborum significatio apud Oratores, Cic. *de invent. lib. 2. & de clar. Orator.* ubi refert acerrimam in foro disputationem inter Crassum & Scævolam, cujus meminit etiam Quinctilianus *lib. 7. cap. 6.* Nihilominus tamen aliquando accipitur pro tempore, quo & pubes, & paterfam. erit: aliquando pro ætate viginti quinque annorum, aliquando pro liberatione a morbo, propter quem curatorem habet *d. l. cum filiofam. ff. de leg.*

Digitized by Google

*leg.* 3. Idem responsum fuit de conditione : si sui juris fuerit factus, & in aliis, quæ proponuntur in eadem *l. cum filiofam.* 50. §. *sic autem cum seqq. usque ad fin.* in quibus posthabita significatione verborum, id quod sensit, aut verisimile est sensisse testatorem, attenditur. Adeo, ut etiamsi dixerit, cum ad pubertatem pervenerit : id de ætate viginti quinque annorum sit intelligendum, si de hac ætate testatorem cogitasse verisimile sit : veluti si hanc conditionem adjecerit ei, qui jam pubes est *d. l.* 50. §. *ego quidem.* Sic etiam conditio : *si intra trigesimum annum decesserit, hæreditatem patruo restituat* : deficere dicitur, etiamsi intra trigesimum annum decesserit, si quidem liberos reliquerit, de quibus nullam fecit mentionem testator *l. cum avus* 102. *ff. de cond. & demonstrat. l. cum acutissimi C. de fideicomm.* Sed omnino singulare est quod dicitur in *l. talem* 51. *in fin. ff. de hæred. inst. Stichus, si meus erit, cum moriar, hæres esto* : manumissus a vivo testatore nihilominus hæres est. Verba *si meus erit* interpretanda *si non fuerit alienatus*, quia ea testator adjecit, ut sibi, non alteri hæreditatem acquireret.

## CAPUT XX.

### *Ad l. 1. §. 1. ff. de leg. præstand.*

### SUMMARIUM.

I *Verba generalia generaliter intelligenda sunt. Exempla afferuntur.*
II *Tam in contractibus.*
III *Quam in ultimis voluntatibus.*
IV *Etiam adjectis specialibus, quæ restringere possint, modo non repugnent.*
V *Genus non restringit factum testatoris.*
VI *Neque locus.*
VII *Neque nomen singulare.*
VIII *Verba generalia latius & angustius interpretari possumus ex conjecturis.*
IX *Latius interpretamur si quid enumeretur, quod ad genus magis patens pertineat.*
X *Vel si aliquid exceptum sit ex latiore genere.*
XI *Angustius, si species adjiciatur, ipsa enim coarctat ad illud genus cui species subest.*
XII *Si genus ad speciem referatur expresse, vel tacite & n. XIII.*
XIV *Si actus inutilis esset, vel legis dispositioni repugnaret.*
XV *Si lex disponat.*
XVI *Si testator destinaverit.*

1 VErba generalia generaliter esse intelligenda tradunt omnes : nam & id verborum significatio exigit, & legum auctoritate confirmatur. Optime Ulpian. in *l.* 1. §. 1. *ff. de legat. præst. Generaliter autem parentes, & liberos prætor excepit : nec gradus liberorum parentumque enumeravit, in infinitum igitur eis præstabitur.* Hoc quidem de edicto prætoris est traditum, sed in omni dispositione eadem est ratio. Genus enim singulas species continet, & qui de genere aliquid disponit, id ipsum de singulis speciebus disposuisse censetur. *l. si chorus* 79. *in princ. ff. de leg.* 3. *l. Mævius* 65. §. *non idem D. de leg.* 2. Ad hanc regulam explicandam exempla subjiciemus.

2 In *l. quicquid adstringendæ* 9. *in princ. vers. nec cursum. ff. de V. O.* Quidam promiserat stipulanti vasa aut servos, conventus a creditore opponebat, se de certis vasis, aut servis sensisse. Respondit Celsus, eum non esse ferendum. Stipulatio stricti juris est, nec in ea continetur, nisi quod palam verbis exprimitur *ead. l. in princ.* Constat igitur quod genere nominato, singulæ species pro expressis habentur; adeoque continentur etiam cum verba proprie, &, ut nostri ajunt, in stricta significatione sunt accipienda.

3 Idem obtinet etiam in ultimis voluntatibus : adeo ut præsumatur cognitio eorum, quæ a lege requiruntur, ne recedatur a generali verborum significatione. Etenim de controversiis, quæ ex testamento proficiscuntur, transigi non potest, nisi inspectis, cognitisque verbis te-

Digitized by Google

testamenti *l. de his 6. ff. de transact.* Ferendus tamen non est qui generaliter in his, quæ testamento ei relicta sunt, transegerit, si postea causetur de eo solo se cogitasse, quod prima parte testamenti, ac non etiam, quod posteriore legatum sit. Qui primam partem testamenti inspexit, totum inspexisse præsumitur: non tamen præsumitur legisse codicillos *l. non est ferendus D. eod.* Hinc in celebri quadam causa dicebam, non esse ferendum hæredem, qui cum legata in testamento relicta solvisset, agebat se non legisse postremam testamenti partem, in qua fuerat a patre institutus, adjecta prohibitione detractionis legitimæ & Trebellianicæ.

4 Imo etsi verba quædam specialia generalibus adjecta sint, quæ possint ea restringere, si commode aliter possint interpretari, non obsunt verbis generalibus. Itaque si servi omnes cum peculio legati sint, etiam si adjectio illa, *cum peculio* restringere possit legatum ad servos peculium habentes; tamen responsum est, etiam eos deberi, qui nullum peculium habent *l. si cum servi 52. ff. de leg. 1.* Item legatis omnibus ancillis, & quod ex his natum erit; vel legata ancilla cum liberis; & ancilla sola, si non sunt liberi, & liberi, si non sunt ancillæ, debentur: neque enim verba illa *cum liberis* restringunt legatum ancillarum, neque liberi accessionis causa legati sunt *l. si ancilla 62. cum seq. ff. de leg. 1.* Et quod magis est, si quis ita leget: *omnibus libertis nostris cibaria præstabitis pro arbitrio vestro, non ignorantes, quos ex his charos habuerimus*, verba hæc adjecta legato generali, illud non restringunt ad eos libertos, quos charos habuit testator. Imo & si deinceps certos aliquos libertos nominatim commendet hæredi testator, nihilominus non his solis cibaria debebuntur, sed omnibus, & arbitrium hæredis erit in statuendo alimentorum modo *l. verba 5. ff. de alim. leg.*

Nec factum quidem testatoris legatum restringit. Quapropter si quis legaverit alicui ea, quæ vivus præstabat, debetur etiam habitatio, licet domum, in qua vivo testatore habitabat, alii legaverit *l. Sempronio 53. in princ. D. de usufr. leg.* 5

Nec locus quidem legato generali quicquam detrahit. Nam penu legata non solum debetur penus, quæ in cœnaculo est, sed etiam, quæ in horreis *l. ult. D. de pen. leg.* Imo & condimenta, in quibus edimus, debentur *l. 3. D. eod.* 6

Nomen quoque singulare plures personas comprehendit. In *l. qui filiabus 17. §. 1. D. de leg. 1.* Si qua filia mihi genita, ei hæres centum dato; si plures genitæ fuerint, singulis centum debentur. Eadem ratione siquis ita legaverit, hæres meus dato, non solum omnes hæredes primi gradus, sed omnes hæredum gradus comprehendit *l. si plus 98. D. de leg. 3.* Minus hac de re dubitandum est, quando disjunctum disponitur, veluti, *Titius, & Sejus, uterve eorum vivet, hæres esto l. Titius 24. cum duabus seqq. D. de hæred. instit.* vel, *Lucio & Titio eorumve, cui fundum lego l. si fundum 81. §. his verbis 8. D. de leg. 1.* Nam evidens est tum utrumque, tum alterum eorum, si alter non vivat, esse comprehensum. 7

Animadvertendum tamen est, quod plerumque genus & latius patere, & contrahi potest angustius. Tunc autem, cum utrovis modo illud accipiamus, a verborum significatione non recedamus, facile ex conjecturis hanc, vel illam interpretationem amplecti debemus. Ac vehementer errant illi, qui huc referunt regulam traditam in *l. non aliter 69. in princ. ff. de leg. 3. Non aliter a significatione verborum recedere oportet, quam si manifestum est, aliud sensisse testatorem.* Ut enim verba ad alium sensum detorqueantur & im- 8

improprie intelligantur, manifestum esse debet, ita sensisse testatorem, ad quod probandum evidentes conjecturæ requiruntur, quia repugnat significatio verborum. At vero ut verba generalia modo latius, modo angustius interpretemur, qualibet conjecturæ sufficiunt, cum verba non repugnent, nec ad alienum sensum sint detorquenda. Itaque in §. 1. *ejusdem legis* JCtus agens de interpretando legato generali, *omnes juvenes quos in ministerio habeo*, ait ad notionem ejus, qui ea de re cogniturus est, id pertinere, cum nihil certo definiri possit, quia plerumque abusive loquuntur testatores. Atque id uberius ac distinctius est explicandum.

9 Ad dilatandum genus duo solent esse in primis accommodata. Primum, si aliquid fuerit enumeratum, quod ad genus latius patens pertineat. In *l. quisquis* 95. *ff. de leg.* 3. Quidam hæredi præceperat, ut Titio restitueret, quantas summas dictasset. Verbum *summas* potest referri tum ad pecuniam numeratam, tum etiam extendi ad res corporales, & prædia, ut ibi probat Jurisconsultus. Sed cum testator inter eas summas dictasset etiam quasdam res corporales, dubitari non potest, etiam prædia complecti voluisse.

10 Secundo si aliquid ex illo genere summo fuerit exceptum, reliqua enim, quæ sunt ejus generis, continebuntur. Optime Neratius *in l. quæsitum* 12. §. *Neratius* 3. *ff. de fund. instruct. Denique Neratius libro quarto epistolarum Marcello fratri suo respondit, & vestem domus instructæ legato contineri, maxime, inquit, in proposita specie; proponebatur enim, qui legaverat, argentum & rationes excepisse: nam qui hæc, inquit, excepit, non potest, non videri de ceteris rebus, quæ in ea essent, sensisse.* Simile responsum habetur in *l. generali* §. *uxori ff. de usufr. leg.*

11 Ad coarctandum autem genus idoneæ sunt quamplurimæ conjecturæ. Ac primum licet species expressa non soleat minuere legatum, sed ex abundanti adjecta intelligatur *l. quæsitum* §. *Si quis fundum penult. D. de fund. instruct.* quia genus ad speciem redigi non potest repugnante verborum significatione, a qua recedendum non est *l. non aliter ff. de leg.* 3. tamen species adjecta coarctat genus non ad solam speciem expressam, sed ad illud genus, cui subest illa species. Efficit enim, ut similia expressis tantummodo contineantur. Exemplum animadversione, ac notatione dignissimum habemus in *l. & mulieri* 15. *ff. de curat. furios.* ubi Paulus ait, quod furiosus in bonis sui curatoris habet privilegium exigendi, subdit deinceps: *prodigus, & omnes omnino in bonis curatoris decreto privilegium consequentur.* *Omnes omnino*, profecto non potest excogitari locutio magis generalis. Nihilominus tamen Ulpianus in *l. idem privilegium ff. de privil. credit. seu de reb. auct. jud. poss.* ait: *sed si bonis Curator datus sit, vel absentis, vel ab hostibus capti, vel dum deliberant heredes de adeunda hæreditate, non oportebit privilegium dari; non enim in eadem causa sunt.* Nimirum verba illa, *omnes omnino*, comprehendunt solum similes expressis, videlicet curatores, qui dantur personæ, non eos, qui dantur bonis, qui in eadem causa non sunt, & sunt diversi generis. In ultimis voluntatibus exemplum suppeditat Pomponius in *l. ult.* §. *cui dulcia ff. de trit. vin. & ol. leg. Si cui dulcia legata sint, non solum dulces potiones, sed etiam dulcia esculenta legato continentur: Sed si quis leget vinum amphorarium, amineum, græcum, & dulcia omnia, nihil inter dulcia, nisi quod potionis est, continetur ex collatione vini amphorarii.* Verba non solum generalia, sed etiam universalia, *dulcia omnia*, coarctantur ad genus potionis, propterea quod expressum est vinum, quod subest generi potionum. Simile est, quod traditur in *l.* *nam*

*nam quod liquidæ in fin. ff. de pen. leg. Si ita scriptum sit: omnem penum præter vinum, quod Romæ erit: Sola penus, quæ Romæ est, legata videtur.* Probe errant, qui putant pronomen illud relativum *quod* referri etiam ad penum: licet enim penus dicatur de omnibus generibus *eod. l. §. nomen*, tamen hic Jurisconsultus, qui dixit *omnem penum*, non potest sine soloecismo ad penum referre pronomen *quod* neutrius generis. Non dissimile est etiam, quod traditur in *l. quæsitum* 78. §. 1. *ff. de leg.* 3. *Legatum ita fuerat. Argentum omne, & supellectilem, quodcumque habeo tibi dono, & quicquid in prædio Semproniano habeo. Responsum est, non videri legatam supellectilem, & argentum, quod alibi est, nisi hoc quoque in legato contineri legatarius probaverit*: Ultima verba legati restringunt antecedentia generalia. Sed hac de re, de qua sæpissime disputatur in foro, disputabimus accuratius alio capite separatim.

12 Secundo, si genus ad speciem referatur: verba enim generalia coarctantur ad speciem, ad quam referuntur *l. si quis in principio* 22. *ff. de leg.* 3. Hæc autem relatio & expressim, & tacite fieri potest: si expressim referatur, dubitandum non est, id tantummodo contineri, quod inter contrahentes placuerit, aut testator voluerit *l. qui cum tutoribus* §. *transactio ff. de transact. l. Si de certa* 31. *C. eod. & d. L. si quis in princ.* 22. *ff. de leg.* 3. Etenim relate ajunt DD. referens est in relato cum omnibus suis qualitatibus *l. asse toto ff. de hered. instit.*

13 Idem prorsus dicendum est, si tacite referatur. Nam id habetur pro expresso, veluti si de aliqua certa re actum fuerit inter contrahentes, & deinceps verbis generalibus contraxerint stipulationem, ut in *l. triticum* 94. *ff. de V. O.* in qua verba illa, *si de aliquo tritico cogitaverit*, interpretanda sunt, si de certo tritico actum fuerit: neque enim in stipulatione sufficit unius tantum cogitatio consensusque, sed utriusque conventio requiritur *l. inter stipulantem* 81. *ff. eod.* Et ne quis existimet, hoc ideo responsum fuisse, quia alioquin inutilis esset stipulatio, idem traditur a Scævola in *l. emptor* 47. §. *ult. ff. de pact.* ubi verba illa generalia, *Si quod instrumentum a te emissum, id est, scriptum, cujuscumque summæ, ex quacumque causa apud me remansit, vanum & pro cancellato habeatur. Respondit, quod si tantum ratio accepti & expensi computata fuit, cæteras obligationes in illis non contineri, easque salvas in sua causa manere.* Verba illa, *cujuscumque summæ: & ex quacumque causa* coarctantur ad accepta & expensa, quorum ratio fuit computata. Eadem observanda in ultimis voluntatibus. In *l. qui liberis* 8. §. *ult. ff. de vulg. & pupill.* Verba illa *quisquis mihi heres erit, idem impuberi filio heres esto*, Ulpianus interpretatur, ut non contineant generaliter omnes heredes: hoc est, neque heredes heredis, neque dominum, aut patrem, qui per servum, & filium facti sunt heredes: cum enim hi nominati non sint in testamento, nec veniant ex judicio defuncti, ad eos non referuntur verba testatoris, sed ad eos tantummodo, quos ipse heredes instituit. Eadem ratione restringitur legatum in *l. prædiis* 91. *in princ. ff. de leg.* 3. Quidam filiæ prælegavit prædia cum reliquis actorum, & colonorum: respondit Papinianus, ea tantum reliqua deberi, quæ de reditu prædiorum in eadem causa manserunt: adeo ut sive quid debeant domino coloni & actores ex alia causa quam ex reditu prædiorum: sive id, quod ex reditu prædiorum debebant coloni, exactum fuerit a domino, & relatum in calendarium, cujus cura ad actores pertinebat; id omne in legato non contineatur, etiamsi actores quoque fuerint prælegati. Quia reliqua referuntur ad prædia legata, & ideo nihil aliud iis con-

continetur, quam quod tempore mortis testatoris ex ea causa debebatur, & quod in aliam causam conversum est, amplius ex ea causa non debetur, nec est debitum aut reliquum prædiorum, sed calendarii. In *l. quoties* 10. *C. famil. ercisc.* Pater dividit hereditatem inter filios & singulos certis possessionibus cum mancipiis, quæ ibi sunt, jubet esse contentos; deinde universa mancipia fine ulla heredum discretione commendat heredibus: unicuique videtur commendare ea, quæ ipsi reliquit in testamento. Illud hic animadvertendum, quod etiamsi verba generalia non in eodem testamento subjiciantur, sed in codicillis; tamen si referantur ad ea, quæ in testamento disposita sunt, iisdem terminis circumscribuntur. Itaque in *l. legatorum* 33. §. *ult. ff. de leg.* 2. cum testator plures heredes in testamento scripsisset, & a singulis heredibus nominatim legata reliquisset, licet postea codicillis ea repetierit, & ad omnes heredes generaliter scripserit: tamen ea, quæ codicillis dedit, ab iis tantum præstanda sunt, quos testamento damnavit.

14 Tertio, verbis generalibus non continetur actus inutilis, vel id, quod repugnat legis dispositioni. Ac si totus actus futurus esset inutilis interpretando verba in tota sua latitudine, genus ad speciem redigitur: si vero in generali dispositione continetur aliquid, quod non est permissum, aut futurum est inutile, id tantummodo ex genere exemptum censetur. Primi generis exempla sunt in *l. eum qui calendis* 41. *in princ. ff. de V. O.* Quidam stipulanti promiserat, se daturum calendis, hic sermo generalis continet omnes futuras calendas, tam proximas, quam remotas, imo & remotissimas. Et quidem secundum naturam stipulationis de remotissimis videretur intelligendus. Nam si quis post annum aut biennium dare promisit, post biennium solummodo te- ... *l. si ita stipulatus* 109. *ff. de V. O.* Sed quia hac interpretatione fieret inutilis stipulatio, quia debitor nunquam cogi posset ad solvendum; semper enim opponeret nondum venisse calendas stipulatione comprehensas: idcirco sermo ille generalis, qui revera continet infinitas calendas, coarctatur ad proximas. In *l. paterfam.* 44. *ff. de hered. inst.* Testator duos heredes instituens monumentum in diebus certis eos facere jusserat: deinde ita scripsit, *qui eorum non ita fecerit: omnes exheredes sunto.* Alter ex illis non adivit hereditatem: alter vero monumentum fecit, ut præceperat testator; poterit ille adire hereditatem. Verba illa *omnes exheredes sunto* coarctantur ad eum, qui monumentum non fecit. Quid ita? Quia nemo ex alterius facto vel hereditati alligari, vel exheredari potest.

Secundi generis exempla sunt in *l. si quando* 109. *ff. de leg.* 1. Quidam uxori legavit, quæ vivus donaverat: hoc generali sermone continentur solum ea, quæ inutiliter donaverat, nam in iis, quæ utiliter donaverat, est inutile legatum. in *l. legata* 19. *ff. eod.* Verba illa, *quas pecuniae legavi quibus dies appositus non est, annua, bima, trima die heres meus damnas esto dare*: non comprehendunt legata inutiliter data, nam testator utilibus diem adjicere voluit, non inutilia confirmare.

Quarto coarctatur genus aliquando ex legis dispositione. Itaque heres, qui jussus est dare, servum, quem voluerit, 15
pessimum dare non potest, lege sic disponente *l. si heres* 110. *ff. de leg.* 1. Nec optimum eligere potest legatarius, quoties ad eum pertinet electio *l. legato generaliter* 47. *D. eod. l. si quis argentum C. de donat.* Idem si legata sint decem, & si ea perdidisset, rursus ei legata, si sæpius perdidisset, nihilominus semel tantummodo præstanda sunt, ne in infinitum hæres oneretur *l fideicommissa* 11. §. *si quis decem* 18. *ff.* de

V 2

*de leg.* 3. Præterea si quis discretas portiones conjunctis pluribus separatim dedit: ac post omnem institutionis ordinem ita scrisipt *quos hæredes meos invicem substituo*: conjuncti vice mutua substituti videntur quibus deficientibus cæteri admittuntur. Non tamen omnes simul vocari censentur, verba licet substitutionis omnes comprehendant. Denique qui generaliter agere a testatore prohibitus est, contra eum negotiorum gestorum non prohibetur agere, si quid dolo, vel fraude commisit *l. non solum* 8. §. *si hæres ff. de liber. leg* Item si testator ab aliquo rationes exigi vetet; poterit tamen ab eo peti, si quid in administratione dolo admiserit *l. si quo* 9. *D. eod. l.* 5. §. *Julianus D. de admin. tut.* & si qua pecunia apud eum remanserit ex administratione *l. Lucius Titius* 12. *l. cum ita* 19. *l. Aurelius* 28. §. *Mæviæ & l. creditor* 31. §. *Titia D. de liber. legata*. Et si quis velit debitorem omnino liberare, debet damnare heredem, ut ipsi restituat quicquid ab eo illa, vel illa actione exegerit *d. l. si quis* 9. *D. de liber. leg.*

16 Postremo in generali legato etiam verbis quantumvis universalibus relicto, quædam non continentur ex destinatione testatoris. Hujusmodi sunt res venales, instrumenta, tabularium, pecunia numerata, nomina debitorum, quæ etsi aliquo in loco sint, tamen ex destinatione testatoris ibi esse non censentur, nec comprehenduntur legato rerum omnium, quæ ibi sunt *l. si mihi Mævia* 91. *l. Lucius Titius* 92. §. *collegis ff. de leg.* 3. *l. pediculis* §. *idem cum quæreretur ff. de aur. & arg. leg. l. quæsitum* §. *Celsus ff. de fund. inst. l. cum quæreretur* 60. § 1. *ff. de leg.* 3. Hujusmodi etiam sunt fructus, quoties quis rogatus est restituere, quicquid ad eum ex hæreditate bonisve defuncti perveniret: fructus enim, quos ex hæreditate bonisve percepit, restituere non tenetur *l. quod in verbis* 83. *in princ. ff. de leg.* 3.

## CAPUT XXI.

### *Ad L. uxori 24. ff. de usufr. legat.*

### SUMMARIUM.

I *Dispositio generalis an comprehendat ea, quæ improprie in genere continentur. Exempla pro parte affirmativa & n.* II. III. *IV.* V. *VI.*

VII *Verior sententia negans. Probatur exemplis, & n.* VIII. *IX. X. XI. XII. XIV. XV. XVI*

*XII Expenditur l. 3. ff. de trit. vin. & ol. leg. & contrarii textus conciliantur & n. XIII.*

*XVI Species, quæ secundum vim verborum de genero legato non est, non continetur legato nisi ex manifesta voluntate testatoris.*

*XVII Explicatur eleganter textus noster.*

*XVIII Quando species improprie subest generi, mens disponentis investiganda.*

*XIX Contrariæ opinionis argumenta expenduntur & n. XX.*

AN generalis dispositio comprehendat etiam ea, quæ improprie in 1
illo genere continentur, controverti potest. Ad Affirmandum non levi momento quis impelli poterit. Id ipsum enim videtur affirmare Papinianus in *l. uxori fructu* 24. *ff. de usu & usufr. leg.* ubi ait, quod legato fructu bonorum post impletam ex SC. cautionem, foenus quoque sortium, quas defunctus collocavit, præstandum est: imo & usus nominum ante interpositam cautionem debitæ, velut sortes in cautionem deducendæ sunt: & alia, quæ ibi distincte atque explicate tradit Papinianus. Uno verbo legatum ususfructus bonorum comprehendit etiam usumfructum pecuniæ numeratæ, & nominum debitorum. Atqui hic non est proprie ususfructus. 2
Ususfructus enim est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum sub-

substantia, *princ. tit. instit. de usufr. l. 1. D. de usufr.* Pecuniæ autem usus in abusu, & absumptione consistit *l. hoc Senatusconsultum 5. §. 1. & ult. ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consf.* Quamobrem Gajus in *l. 2. §. 1. ff. eod.* ait: *Senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniæ ususfructus proprie esset; nec etiam naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit: sed remedio introducto capit quasi ususfructus habere.* Et Justinianus in *§. in fine: ergo Senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (nec enim poterat) sed per cautionem quasi usumfructum constituit.* Itaque M. Tullius *in Topic.* harum rerum usumfructum esse negavit. *Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis, & oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere. Usus enim, non abusus legatus est.* Sed Papinianus propter Senatusconsulti auctoritatem contrarium respondit in laudata *l. uxori ff. de usufr. leg.* licet non sit proprie ususfructus, & non in usu, sed in abusu consistat.

3 Non abhorret a sententia Papiniani Pomponius in *l. si mihi & Titio 110. §. 1. D. de V. O.* ubi ait, quod si quis stipulatus fuerit vestem, quæcumque muliebris esset, ei debetur etiam vestis muliebris, qua tamquam virili promissor utebatur. Hæc autem vestis videtur esse potius virilis, quam muliebris. Virilis enim vestis est, quæ ipsius patrisfam. causa parata est. *l. vestis 23. §. vestimenta ff. de aur. & arg. leg.* Referebat autem Q. Mutius quemdam senatorem, mulieribus coenatoriis uti solitum, quæ legato vestis muliebris ab eo relicto non continerentur, ut ait idem Pomponius eodem libro quarto ad Q. Mutium in *l. inter vestem ff de aur. & arg leg.* quia usus testatoris effecit, ut non sit amplius muliebris, nisi improprie. Et quamvis ea juxta communem usum sit muliebris, tamen usus testatoris potius attendi debet, quam usus communis *l. si servus plurium 50. §. ult. ff. de leg. 1. l. nummis 75 ff. de leg. 3. l. heredes 21. §. 2. versic. & puto, ff. qui testam. fac. poss. l. solutum §. ult. eum l. seq. ff. de pig. act.* prævalet enim usus testatoris, & potior est usu regionis.

Idem docere videtur Ulpianus in *l. qui penum 3. §. sed Aristo cum §. seq. ff. de pen. leg.* legata penu, legato continentur esculenta, & poculenta, dubitavit Aristo, an oleum, garum, muria, mel, cæteraque his similia contineantur, & licet hæc esui potuique non sint, sed in iis esse soleamus, tamen respondit ea contineri. Idem quæsitum est de legato penus esculenta, & quamvis Labeo putaverit, ea non contineri, quia non hæc esse, sed per ea solemus: tamen ex Proculi sententia Ulpianus decidit, ea quoque legato cedere. Patet hæc inter esculenta improprie recenseri, cum proprie non edantur, sed sint condimenta eorum, quæ edimus, & quidem condimenta liquida, quæ nec edi possunt. De oleo nemo dubitare potest: nam quid sit, ignorat nemo. Garum e pisce scombro conficiebatur macerato, ac sale condito, & colato, atque expresso. Muria etiam ex visceribus aliorum piscium, & non erat adeo pretiosa. Martialis de Garo 4

*Expirantis adhuc scombri de sanguine primo*
*Accipe fæcosum munera rara garum.*

Manilius

*Hinc sanies pretiosa fluit, florumque cruoris*
*Evomit, & mixto gustum sale temperat oris.*

Mar-

Martialis iterum de condimento gari

> *Ebria Bajano veni modo concha Lucrino.*
> *Nobile nunc sitio luxuriosa garum*

Ex alece Plinius *lib.* 31. *cap.* 8. ubi & muriam indicat. *Vitium muriæ est alex, imperfecta nec colata fæx.* Ex his verbis constat, muriam præstantiorem fuisse, & colatam. Hinc scriptores, garum & muriam, foecem, & saniem piscium appellant. Horat. *Lib.* II. *Sat.* 4.

> ——*ego fæcem primus, & alec Inveni.*

Seneca *epist.* 95. more suo improbans sæculi luxum. *Quid illud sociorum garum, pretiosam malorum piscium saniem, non credis urere salsa tabe præcordia?* Plinius, *ut sit illa putrescentium sanies.* Hæc autem condimenta aliquando diluebant aceto, vel vino, vel oleo, vel etiam aqua. Hinc oxygarum, oenogarum, garelæum, hydrogarum. Erant igitur condimenta liquida, quæ non edebantur, nec edi poterant: adeoque non erant proprie esculenta, sed esculentis aspergebantur, & pisces condiebantur.

5 Idem Ulpianus in *l.* I. *ff. de trit. vin. & oleo leg. Vino legato acetum quoque continetur, quod paterfam. vini numero habuit*: & tamen acetum non est proprie vinum, etiamsi vini numero habeatur: ut probat ipse Ulpianus in *l.* 3. *in princ. ff. eod. tit. Si cui vinum sit legatum centum amphorarum, cum nullum vinum reliquisset; vinum heredem empturum, & præstaturum, non acetum, quod vini numero fuit.* Idem in *l. si quis vinum in princ. ff. eod. Item acetum vini appellatione non continebitur.*

Idem Ulpianus in *l. si quis vinum* 9. *in princ. ff. eod.* ait, mulsum vini appellatione proprie non contineri: Multo minus contineri ait zythum, camum, cerevisiam, hydromeli: & merito, quia in his ne gutta quidem vini infunditur, nec quicquam cum vino commune habere videntur. Subdit tamen: *hæc omnia ita demum vini nomine non continentur, si modo vini numero a testatore non sunt habita.*

Et quod magis est, idem Ulpianus *in* §. I. ejusdem legis, ait. *Si acetum quis legaverit, non continebitur legato acetum, quod vini numero testator habuit: embamma autem continebitur, quia aceti numero fuit.* Nemo dixerit, embamma proprie acetum esse. Licet enim ex aceto ut plurimum fieret, tamen multa commiscebantur, & in ipsum obsonia intingebantur, ut jucundius saperent, & acidulo sapore palatum vellicarent. Columella *lib.* 12. *cap.* 55. sinapi miscet. *Hoc sinapi*, inquit, *ad embammata non solum idoneo, sed etiam specioso uteris.* Plinius, *lib.* 20. *cap.* 14. addit mentam; ait enim *mentæ ipsius odor animum excitat, ut sapor aviditatem in cibis, ideo embammatum mixturis familiare.* Puto multa alia ad conficiendum hujusmodi condimentum immixta fuisse, ut indicat illud verbum *mixturis.* Sed cum alia alii commiscerent, nihil certi præscribi potest: erant enim multa embammatum genera, ut aperte Xenophon indicat in *Cyri institutione* παντοδαπὰ ἐμβάμματα καὶ βρώματα, omnis generis embammata, & dapes. Nec dubito, multa etiam sine aceto fuisse confecta: sed utique Ulpianus de illis, quæ aceto conficiebantur, est intelligendus.

Postremo pro hac sententia posset 6
afferri responsum Papiniani in *l. prædiis* 91. §. *Titio ff. de leg.* 3. in qua respondit, quod in legato: *Sejana prædia, sicuti comparata sunt, do, lego*: continentur etiam Gabiniana, si uno pretio comparata fuerunt cum Sejanis, &

& utriusque possessionis confusi redditus, titulo Sejanorum accepto lati sunt. Hæc omnia utique non efficiunt, ut prædia Gabiniana proprie sint Sejana, & in ea vere transformentur.

7 Contraria tamen sententia verior videtur: eaque primo probatur ex *l. eum pater* 77. §. *fidei tuæ* 12. *ff. de leg.* 2. ubi proponitur hujusmodi legatum. *Fidei tuæ committo, uxor, ut restituas filiæ meæ, cum morieris, quicquid ad te quoquo nomine de bonis meis pervenerit*. Respondit Papinianus, quod hoc fideicommisso dos uxori prælegata non continetur. Fideicommissum non potest esse magis generale: verba illa, *quicque & quoquo nomine*, videntur omnia comprehendere, etiam id, quod nomine dotis ad uxorem pervenerit. Rationem affert Papinianus, cur non comprehendatur; *quoniam reddi potius videtur, quam dari*. Similem affert Paulus *lib.* 4. *sentent. tit.* 1. *in princ. Quia non ex lucrativa causa testamento aliquid capit, sed proprium recipere videtur*. Idem fere docet Ulpianus in *l.* 2. §. *mulier, ff. de dot. prœleg. dotem enim recepisse eam magis, quam accepisse*. Itaque dos prælegata non continetur generali fideicommisso, quia ad uxorem proprie non pervenit ex bonis testatoris, cum uxor proprium recipiat, non accipiat a testatore, a quo potius ei dos redditur, quam datur. Et quamvis ei legata fuerit, tamen in dispositione de legatis a testatore facta, non comprehenditur, ut recte respondit Scævola in *l. Lucius Titius* 88. §. *impuberem* 7. *ff. de leg.* 2. Sicut nec continetur in dispositione legis, ac propterea non est subjecta legi Falcidiæ ex eadem ratione *l. si usufructus* 81. §. 1. *ff. ad l. Falcid.* Dos relegata extra rationem legis Falcidiæ est: scilicet quia suam rem mulier recipere videtur.

8 Non absimile fideicommissum proponitur in *l. cui uxori* 18. §. 1. *D. de aur. & arg. leg.* atque idem omnino respondetur. *Idem testator fideicommisit uxori, ut quicquid ad eam ex testamento ejus pervenisset, alumno communi restitueret. Quæsitum est, an etiam eas res, quas proprias uxoris fuæ fuisse testator sciebat, eique reddi præcepit, alumno præstare debeat: respondit: si propriæ fuissent, non debere*. Scævolæ responsum generale est: adeoque idem omnino dicendum, etiamsi testator ignorasset, eas uxoris proprias fuisse.

Secundo probatur ex *l. qui liberis* 8. §. *ult. ff. de vulg. & pupill. Hæc verba: quisquis mihi heres erit, idem impuberi filio heres esto: hunc habent sensum, ut non omnis, qui patri heres extitit, sed is qui ex testamento heres extitit, substitutus videatur: & ideo neque pater, qui per filium, neque dominus, qui per servum extitit, ad substitutionem admittetur, neque heredis heres, quia non ex judicio veniunt*. Illi enim ex judicio testatoris non sunt heredes, neque enim ab eo sunt vocati, & instituti: ac propterea juxta judicium testatoris, quod normam substitutioni dare debet, non solum non sunt proprie heredes, sed ne heredes quidem sunt: sed fiunt heredes ex legis dispositione per acquisitionem hereditatis, quam lex in eos transmittit. Quamobrem verba illa generalia: *quisquis mihi heres erit*: eos non comprehendunt.

Tertio probatur ex *l. Sejo* 10. §. 1. 10 *D. de annuis leg. Medico Sempronio, quæ vivo præstabam, dari volo: ea videntur relicta, quæ certam formam erogationis annuæ, non incertam liberalitatis voluntatem habuerant*. Si non continentur ea, quæ extra ordinem præstabat, ut strenas, soteria, natalitia, & alia munuscula, quæ remunerationis aut grati animi ergo largiebantur, quanto minus continebuntur ea, quæ in genere legato proprie non continetur. Imo nec ea quidem continentur.

tur, quæ utilitatis suæ causa erogabat, ut sumptus jumentorum, quem actori præstare solebat, & medicamentorum, quem, quem liberto medico suppeditabat *d. l. Sejo §. libertis*. Quæ speciali sunt animadversione digna propter usum forensem. In hoc enim facile potest errari.

11 Quarto facit ad rem text. *in l. fundi 25. §. 1. D. de instr. l. instrum. leg.* Quidam legavit fundum instructum: in fundo figlinas habebat, & figulorum opera majore parte anni ad opus rusticum utebatur: nihilominus figuli legato instrumenti non continentur: servi, qui agrum colunt, utique instrumento fundi continentur *l. in instrumento 8. D. eodem* & quidem etiamsi non per totum annum rusticum opus in fundo exerceant *l. quæsitum 12. §. si aliqua 8. D. eod.* Hi autem fundi instrumento non cedant, etiamsi majore parte anni rusticum opus exercerent, quia cum proprie figuli essent; utpote figlino operi addicti, proprie non erant rustici: nec ad opus rusticum comparati, fundi instrumento non cedant. Simile exemplum proponit Scævola in *l. prædia 27. in princ. D. eod.* Quidam legavit prædia maritima cum omni instrumento: servi piscatores, qui solebant in ministerio testatoris esse, & ubicumque eum sequi, & urbicis rationibus expungebantur, legato non continentur. Nimirum ex his efficitur, ut improprie fundi instrumento annumerentur.

12 Quinto probatur ex *l. 3. in princ. D. de trit. vin. & oleo leg.* ubi vino legato non debet acetum præstari, quod vini numero fuit: Acetum sane vinum est, quia eadem prope substantia est *l. in venditionibus 9. §. ult. D de contrah. empt.* & ideo si acetum pro vino venditum fuerit, valet venditio *l. in venditionibus 9. ibid.* & si vinum legatum acuerit, non extinguitur legatum *l. si quis vinum 9. in fine principii D. de vin. trit. & ol. leg.* Est tamen vinum improprie, quia etsi ex vinea natum sit, tamen cum acuit, vinum non permansit d. *l. si quis vinum in princ.* & licet eadem fere substantia sit *d. l. in venditione*: tamen non est omnino eadem. Eleganter Martial. *lib. 12. epigr 122.*

> *Amphora Niliaci non sit tibi vilis aceti*
> *Esset cum vinum, vilior illa fuit.*

Erat enim in pretio acetum Ægyptiacum.
Juven. *sat. 13.*

> —— *Flebile nati*
> *Sinciput elixi Pharioque madentis aceto.*

Non eodem in pretio videtur fuisse acetum Romanum. Certe Ulpianus in *l. 1. in princ. D. de peric. & comm. rei vend.* ait, *Si vinum venditum acuerit, emptoris erit damnum*. Minoris igitur æstimat acetum, quam vinum. Igitur acetum improprie vinum est, & pro vino non habetur, nisi ex voluntate testatoris: & ideo vino legato acetum non continetur.

Sed possent opponi duæ leges, quæ 13 videntur omnino contrariæ huic nostræ legi, in qua excluditur a legato acetum, etiamsi vini numero fuerit. Contra enim in *l. 1. ff. de trit. vin. & ol. leg.* ait Ulpianus, *Vino legato acetum quoque continetur, quod paterfam. vini numero habuit.* Et in *l. si quis vinum 9. in princ. ff. eod. Hæc omnia ita demum vini numero non continentur, si modo vini numero a testatore non sunt habita: alioquin Sabinus scribit; omnia vini appellatione contineri, quæ vini numero paterfam. habuit.* Accedit & tertia, nempe *l. 2. in fin. ff. de opt. vel elect. leg. Eum, cui centum amphorarum electio data sit, acetum eligentem non consumere electionem, si id acetum ele-*

*elegerit, quod vini numero paterfam. non habuit*.

Sed contrariæ esse non possunt hæ leges, cum sint omnes ejusdem Ulpiani, depromptæ ex ejus libris ad Sabinum. Itaque animadvertere oportet, quod in his legibus supponitur acetum vini numero habitum a patrefam. hoc est, a testatore. Ex quo efficitur, quod cum ille ipse, qui legat vinum, in numero vini habeat etiam acetum, videatur appellatione vini etiam acetum comprehendere: atque ea propter hoc quoque legato contineatur. At vero in nostra lege acetum, quod præstare volebat heres, non a testatore vini numero habitum fuit, sed vel ab herede, vel a venditore, a quo heres illud emerat. Hoc autem non influit in voluntatem testatoris, nec alterius opinio, testatoris opinionem potest declarare. Qua propter observandum est, quod in nostra lege non ait Ulpianus acetum vini numero fuisse apud testatorem, vel patremfam. quemadmodum ait in aliis tribus legibus, quas laudavimus; sed absolute ait: *non acetum quod vini numero fuit*. Hoc autem referri non potest ad testatorem, qui nullum vinum reliquit, sed cum heres vinum emere, & præstare teneatur, ad eum ipsum, cujus erat acetum, ea verba sunt referenda.

14 A diverticulo repetatur superius argumentum. Id maxime confirmat Ulpianus in *l. 2. §. ult. juncta l. 3. ff. de opt. vel. elect. leg.* ubi ait, quod ille, cui data est electio centum amphorarum vini; si acetum elegerit, quod vini numero paterfam. non habuit, optionem non consumit: subdit deinceps in *l. 3. Scilicet si ante exhibitionem, hoc est ante degustationem, acetum elegerit*. Ergo si post degustationem elegerit, consumitur electio, etiamsi paterfam. ipsum vini numero non habuerit: ac proinde electio legitime facta est. Non consumeretur enim, si legitime facta non esset: quod eveniret, si acetum generali appellatione vini non comprehenderetur. Etenim si legatarius optaverit aliquid, quod non sit de genere legato, non recte optavit, & non consumitur electio *l. 2. §. 2. l. cum ita 9. §. 1. ff. eod.* Ergo acetum est de genere legato, cum vinum legatum fuit, etiamsi a testatore vini numero non haberetur. Verumtamen quia improprie admodum in genere vini continetur, legato vino, acetum non debetur *l. 9. in princ. versic. item acetum ff. de vin. trit. & ol. leg.*

Postremo probari potest auctoritate *l. inter vestem 33. ff. de aur. & arg. leg.* ubi si testator, qui veste muliebri, quasi virili utebatur, legaverit vestem muliebrem, vestis illa, qua utebatur quasi virili, non continetur legato: quia non videtur legato comprehendere voluisse vestem illam, quæ licet vere muliebris esset, inspecto communi usu; tamen inspecto usu testatoris, coepit improprie, & non omnino muliebris esse. 15

His adjungo, quod cum non aliter a significatione verborum recedi oporteat, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem *l. non aliter 69. ff. de leg. 3.* si secundum propriam verborum significationem species aliqua genere legato non comprehenditur, ea non debebitur, nisi manifestum sit, aliud sensisse testatorem. 16

Ab hac sententia tot argumentis innixa recedendum esse non arbitror; nec enim eam evertere, aut labefactare possunt argumenta contraria. Quibus ut respondeatur, primum statuendum est, quod quotiescumque lex aliquid probat, & introducit, illudque alteri æquiparat, unum pro altero accipi potest, efficiente id legis auctoritate: perinde ac si ea inter se non differrent, ac discreparent. Exemplum peti potest a legatis, & fideicommissis. Fideicommissa olim non involvebant necessitatem præstationis, sed a fide heredum pendebant. Augustus ad necessitatem deduxit *§. ult. instit. tit. de fideicom. hered.* Postea legatis 17

gatis exæquata sunt in omnibus *l.* 1. *D. de leg.* 1. *l.* 2. *C. commun. de legat.* Quo factum est, ut licet fideicommissum proprie non sit legatum, & adhuc supersit aliquid, in quo a legato differt §. *libertus instit. tit. de sing. reb. per fideicomm. relict.* tamen legati nomine fideicommissum etiam comprehendatur, & quicquid de legato fuerit constitutum, id ipsum & de fideicommisso dispositum videatur. *l.* 2. *vers. etsi specialiter C. comm. de legat.* Ibi: *& si specialiter legati tantum faciat testator mentionem, hoc & legatum & fideicommissum intelligatur: & si fidei heredis vel legatarii aliquid committatur, hoc & legatum esse videatur.* Quibus efficitur, hoc idem & in usufructu obtinere debere. Olim quidem in pecunia non poterat constitui ususfructus; itaque legato usufructu bonorum, non continebatur in legato ususfructus rerum, quæ usu consumuntur. Usus enim, non abusus legatus est, ut recte ait Cicero supra laudatus. Verumtamen Senatus introducto cautionis remedio censuit omnium rerum usumfructum legari posse *l.* 1. *D. de usufruct. ear. rer.* Quamobrem si quis leget usumfructum bonorum, vel, quod idem est, omnium bonorum, etiam ususfructus pecuniæ, & aliarum rerum videtur legatus. In hoc enim ususfructus pecuniæ, & aliarum rerum, quæ usu consumuntur, & verus ususfructus Senatus auctoritate sunt æquiparati. Et merito. Nam interposita cautio id efficit, ut consumptæ non videantur res illæ, in quibus ususfructus est constitutus, licet vere consumptæ sint a fructuario. Licet enim fructuarius non eas res, quas accepit, restituat; tamen cum restituit alias ejusdem generis ac bonitatis, eas ipsas, quas accepit, restituere videtur. Imo magis eas ipsas restituere videtur alias restituendo, quam si easdem restitueret, quoniam hæ res magis in genere suo functionem recipiunt quam specie *l.* 2. §. *mutui datio ff. de* ...

Et quamvis hic dicatur quasi ususfructus, & non sit proprie ususfructus *l.* 3. § 1. *ff. de usufruct. earum rer.* §. 2. *in fin. inst. tit. de usufr.* tamen id verissimum est quoad rationem naturalem, quam Senatus mutare non potuit *d. l.* 3. neque enim efficere potuit, ut salva sit substantia rei, quæ consumpta est: non vero quoad rationem fictionemque juris, quod statuere potest, ut perinde sit ac si salva esset res, quæ periit, in ejus locum alia re subrogata, quæ ejus vice fungatur. Idem prorsus evenit in fictione legis Corneliæ. Natura fieri non potest, ut qui mortuus est multo post captivitatem, primo captivitatis momento decesserit: natura enim ac veritas omnino repugnant. Juris tamen fictione fit, ut perinde habeatur, ac si primo captivitatis momento decessisset, & iidem consequantur effectus §. *ult. instit. tit. quib. non est permiss. fac. testam. l. justo* 44. *in fin. ff. de usucap. l. lege Cornelia* 12. *ff. qui testam. fac. poss. l. lex Cornelia ff. de vulg. & pupill.* In quibus ad rem nostram illud est animadvertendum, quod Julianus in *d. l. lege Cornelia* 12. *ff. qui testam. fac. poss.* ait: *quare servus scriptus ab eo, qui in hostium potestate decesserit, liber, & hæres erit sive velit, sive nolit, licet minus proprie necessarius hæres dicatur: nam & filius ejus, qui in hostium potestate decessit, invitus hæreditati obligatur, quamvis suus hæres dici non possit, qui in potestate morientis non fuit.* Imperatores tamen in *l. apud hostes C. de suis & legit. hæred* & in *l. captum C. de postlim. revers.* absolute eum dicunt esse suum hæredem. Nec, puto, quisquam dubitabit, sui hæredis appellatione, & hæredis necessarii nomine hos quoque comprehendi. Item Ulpianus in *l.* 3. §. *ult. ff. de V. signif.* ait: *ejus, qui apud hostes decessit, dici hæreditas non potest, qui servus decessit.* Et tamen non potest

potest dubitari quin hæreditatis nomine hæc quoque hæreditas contineatur, sicut nominatur in *l. lex Cornelia* 28. *ff. de vulg. & pupill.* quia lex Cornelia confirmat testamentum ejus, qui apud hostes decessit perinde ac si in civitate decessisset *l. lege Cornelia* 12. *ff. qui testam. l.* 1. §. 1. *ff. ad leg. Falcid.* §. *ult. instit. tit. quib. non est permiss. fac. test.* Quamobrem etsi vere servus decesserit, tamen, fictione legis inspecta, liber & civis Romanus decessit. Hæc omnia in usufructu multo magis admittenda sunt. Etenim fictio legis Corneliæ nullo alio nititur fundamento, quam publicæ utilitatis; Senatusconsultum vero, quod introduxit usumfructum earum rerum, quæ usu consumuntur, in earum rerum natura fundatum est. Ea enim est harum natura, ut in genere suo functionem recipiant *l.* 2. §. 1. *ff. de reb. cred.* & cum aliud redditur, idem omnino reddi videatur: atque adeo res conservari videatur, etiamsi consumatur, quia conservatur in genere suo, quod perire non potest. Imo propter omnimodam similitudinem harum rerum, magis idem redditur, & conservatur a fructuario res, in qua habet usumfructum, quam si haberet usumfructum fundi, vel domus. Natura enim fieri non potest, ut si illis diu fruatur, longo tempore non immutentur, adeo ut fundus, quem restituit, non sit in multis valde diversus ab eo, quod accepit, etiamsi illum diligentissime servaverit, cum arbores, plantæ, sata in dies mutentur, & consenescant, & quæ in earum locum subrogantur, non possint esse omnino similes illis: saltem non sint adeo similes, sicut est frumentum frumento, oleum oleo, & cætera ejusmodi. Solum ipsum aliquando nimia ubertate defatigatum ac terra effoeta fertilitate a fructuario restituatur necesse est.

18 Secundo statuendum est, quod quoties aliqua species minus proprie pertinet ad illud genus, de quo dispositum est, tunc investigandum est, quid senserit disponens, quoniam ambigua est dispositio, ac propterea ad voluntatem disponentis est recurrendum, ut alias diximus *l. ubi est verborum ff. de reb. dub. l. in ambiguis* 96. *ff. de reg. jur. l.* 3. *in princ. ff. de reb. dub.* Et quia mens & voluntas testatoris maxime dignoscitur ex usu ejus & consuetudine, idcirco si speciem, de qua dubitatur, in numero ejus generis habuit, de quo disposuit, etiamsi minus proprie ad illud pertineat, tamen interpretandum est, etiam de illa voluisse disponere. Quamobrem si legavit vinum, & in numero vini habuit non solum vinum, quod ex vinea natum est, sed etiam vina factitia, ut hydromeli, cerevisiam, defrutum, mulsum & alias hujus generis potiones, eas quoque legasse videtur *l. si quis vinum* 9. *ff. de tritic. vin. & oleo leg.* Item acetum, licet vinum non permanserit, quia plerique servis & illis, per quos opera rustica perficiebantur, acetum aqua dilutum potandum dabant, quod poscam vocabant. Plaut. in *Rud.* IV. *sc.* 2.

*Sed hic rex cum aceto pransurus*
*est & sale sine bono pulmento.*

Et in *milit. glor.* III. *sc.* 2.

*Alii ebrii sunt, alii poscam potitant.*

Itaque domini illi acetum vini numero habebant. Vide *l. quæsitum* 12. §. *acetum* 18. *ff. de instr.*

Illud tamen verum non est, acetum vini appellatione contineri, etiamsi vini numero non haberetur ex *l.* 2. §. 13. *ff. de opt. leg.* Nam optio consumitur electo aceto post degustationem, quia concurrit utriusque voluntas & hæredis & legatarii, ac propterea recte solvitur acetum quasi vinum, si legatarius

id quasi vinum elegit. Idcirco si ante exhibitionem, & degustationem illud eligat, non consumitur optio *d. l.* 2. quia tunc ignorat acetum esse, quod proprie vinum non est, & legato non continetur.

19 Majorem involvit difficultatem id, quod in eadem *l.* 9. §. *si acetum ff. de trit. vin. & oleo leg.* traditum est de embammate; nam embamma non est ejusdem substantiae, cujus acetum, & ideo error in hoc vitiat emptionem *l. in venditionibus* 9. *in fin. ff. de contrah. empt.* Verum puto in hac lege agi de embammate factitio, quod non ex aceto confectum est, sed arte per commixtionem herbarum, vel fermentatione, vel commixtione alicujus materiae acidae acorem contraxit: ut indicant illa verba: *caeterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit.* Ait in *l. si quis vinum* 9. *ff. de trit. vin. & ol. leg.* agitur de embammate, quod aceto constat, ad intinctus parato, ut nos conficimus acetum rosaceum, & violaceum, infusa rosa, aut viola, aut aliis floribus, herbisque bene olentibus, ut jucundius exacuat palatum: ut indicare videntur illa verba: *quia aceti numero fuit.* Nam & apud nos hujusmodi embammata aceti numero sunt. In *l.* 3. §. *sed Aristo cum seq. ff. de penu legat.* non quaeritur, an genus contineat species, quae minus proprie ad ipsum pertinent, sed an penus comprehendat solum ea, quae sunt esui, ac potui, an vero etiam condimenta; & respondetur ea quoque comprehendi.

In *l. praediis* 91. §. *Titio ff. de leg.* 3. non agitur de vocabulo rerum, quae sunt immutabilia, sed de nomine fundi, quod pro arbitrio domini imponitur *l. si quis* 4. *ff. de leg.* 1.

20 Superest, ut duas leges conciliemus, nempe *l. si mihi & Titio* 110. §. 1. *ff. de V. O.* cum *l. inter vestem* 33. *D. de aur. & arg. leg.* Non eadem est ratio legati, & stipulationis. In legato solam voluntatem legantis spectare debemus, quia solius testatoris voluntate consistit. In stipulatione utriusque voluntas spectanda est, quia utriusque consensu perficitur *l. inter* 83. §. 1. *D. de V. O.* Itaque non sufficit promissorem uti solitum veste muliebri, nisi consentiat etiam stipulator, qui non potest existimari vestem illam noluisse stipulatione comprehendere, maxime cum verbis universalibus conceperit stipulationem: *Vestem tuam quaecumque muliebris esset:* ac propterea non possit ei imputari, quod obscure dixerit. Igitur potius ad mentem stipulatoris, quam promissoris ea verba sunt referenda *d. l. in fine*, cum scire non teneatur perversum promissoris usum.

---

## CAPUT XXII.

### *Ad L. cohaeredi* 41. §. *qui patrem D. de vulg. & pup. subst.*

### SUMMARIUM.

I *Genus non comprehendit speciem nominatim expressam.*
II *Id obtinet in personis, & n.* III.
IV *In dilatione solvendi.*
V *In rebus, & n. VI.*
VII *Expenduntur l. si domino* 99. *ff. de leg.* 1. *& l. si Eros*, 12. *ff. de opt. leg. & n.* VIII.
VIII *Legatum optionis distinguendum a legato generis.*
IX *Expenditur l. si alii* 19. *ff. de usu, & usufr. leg. & n.* X.
XI *Expenditur l. uxorem* 41. §. *codicillis, ff. de leg.* 3.
XII *Item l. Titia* 19. §. *qui Marco ff. de ann. leg.*
XIII *Item l. ult. §. ult. ff. de aur. & arg. leg.*

---

SUccedit altera cum superiore conjuncta disceptatio: an genus comprehendat etiam speciem, de qua nominatim dispositum fuit. Qua de re statuendum arbitror, hanc in genere minime 1

nime contineri, repugnante disponentis voluntate, qui non præsumitur, eam comprehendere voluisse, cum eam de genere videatur eximere, quoties nominatim, ac specialiter de ipsa dispo nat. Idque verissimum esse arbitror sive de personis, sive de rebus agatur.

2 Quod ad personas, id perspicue a Papiniano decernitur in *l. cohæredi* 41. §. *qui patrem* 5. *ff. de vulg. & pupill.* Verba ejus apponam. *Qui Patrem, & Filium pro parte hæredes instituerat, & invicem substituerat, reliquis cohæredibus datis, post completum assem ita scripsit: hos omnes invicem substituo: voluntatis sit quæstio, an commemoratione omnium, patrem, & filium substitutioni cohæredum miscuisset; an eam scripturam ad ceteros omnes transtulisset: quod magis verisimile videtur propter specialem inter patrem & filium substitutionem*. Voluntatis esse quæstionem ait Papinianus, propterea quod adjectum fuit verbum universale *omnes*, quod ex propria significatione comprehendit etiam patrem & filium. Cæterum si verbum illud non adjecisset testator, nulla esset hac de re controversia. Adjecto autem illo verbo id efficitur solum verisimile, non autem usquequaque certum: adeoque si conjecturæ contrarium suadeant, a regula recedendum erit. Atque hoc Paulus docet in simili dispositione circa ætatem. Cum enim testator filio suo, si intra decimum ætatis annum decessisset, Titium substituisset, Mævium vero, si intra decimum quartum: & filius octo annorum decessisset; quæsitum fuit, an solus Titius hæres esset, an etiam Mævius. Equidem filius decessit tam intra decimum, quam intra decimum quartum: nihilominus Titius solus succedit; nisi contraria voluntas testatoris aperte ostendatur, ut ibi ait Paulus in *l. ex facto* 43. §. *item quæro* 6. *ff. de vulg. & pup. subst.* Nititur igitur hæc regula sola juris præsumptione, quæ non respuit contrarias conjecturas: dummodo illis aperte ostendatur contraria testatoris voluntas.

Accedunt duæ aliæ leges, quæ id ipsum confirmant *l. alimenta* 16 §. *Basilicæ & l. verba* 5. *ff. de alim. leg.* In prima legata erat Basilicæ libertæ pecunia, unde se aleret: alio capite generaliter libertis libertabusque cibaria, & vestiaria, & habitatio relicta erant. Hoc secundum legatum non comprehendit Basilicam: nisi hoc quoque ei datum probaretur. In altera lege omnibus libertis cibaria legata erant. Alio loco testator Prothymo, Polychronico, & Hypatio cibaria reliquit, eosque commendavit hæredibus, cum quibus morari voluit. Quæro, an omnibus cibaria debeant dari, an his, quos commendavit, & cum hæredibus esse jussit. Modestinus respondit, omnibus libertis cibaria relicta proponi. Tribus hisce libertis cibaria debentur non ex legato generali, sed ex speciali. Neque hic admitterentur contrariæ conjecturæ, ne legatum sine causa duplicetur. Sed videnda est, si lubet, hujus legis explicatio in dissertatione de specie adjecta generi. 3

Idem, quod de personis est constitutum, etiam de dilatione solvendi traditur in *l.* 4. *ff. de dot. præleg.* Cum vulgari modo dies legatorum profertur, nihil eam rem ad dotis relegationem pertinere ait, quia suum diem habet. Pluribus exemplis id explicatum in *l. talis scriptura* 30. *per tot. ff. de leg.* 1. ex cujus initio constat, quid sit vulgari modo diem legatorum proferre. De cautione idem traditum in *l. doli* 119. *ff. de V. O.* 4

Jam vero de rebus legatis videamus. In *l. cum alii* 2. *ff. de trit. vin. & ol. legat. Cum alii penum, alii vinum legatum esset; excepto vino omne penum ad alium legatarium pertinebit*. 5

In *l. Stichus* 20. *in princ. ff. de alim. vel cibar. leg. Stichus nutricis meæ nepos liber esto, cui decem aureos annuos dari*

Digitized by Google

*dari volo. Qui deinde, interpoſitis nominibus, eidem Sticho contubernales ejus, & liberos legavit; hiſque quæ vivus præſtabat. Deinde alio capite libertis omnibus, quæ vivus præſtabat, dari juſſit; quæro, an Stichus præter ſuum legatum & alimenta percipere poſſit. Reſpondit, ſecundum ea, quæ proponerentur, non poſſe.* Recte. Nam legatum annuum liberto relictum, pro alimentis relictum cenſetur *l. a filio* 15. *in princ. ff. de alim. vel cibar. leg.* & ſimile exemplum proponitur in *l. libertis in princ. ff. eod. & in §. poſthumis ead. l. & laudata l. Stichus* 20. §. *Titia ff. eodem.* Ac propterea cum in ſpecie, & nominatim ei relicta fuerint alimenta, non comprehenditur in generali legato alimentorum libertis omnibus relicto. Ex quo efficitur, quod etiamſi illud, quod generali legato relinquitur, in legato ſpeciali non expreſſe, ſed tacite ex juris interpretatione contineatur, tamen ſpecies a genere exempta cenſetur.

6 In *l.* 1. *ff. de aur. & arg. leg.* Alii veſtimenta: alii veſtis muliebris legata eſt. Illi debentur reliqua veſtimenta, detractis muliebribus: huic veſtimenta muliebria. Item alteri mundus muliebris, alteri argentum omne legatum eſt. Huic debetur omne argentum, detracto tamen argento, quod in mundo eſſet, quod alteri legatum eſt. Item uni urbani ſervi legati ſunt, alteri diſpenſator: illi debentur omnes ſervi, *excepto diſpenſatore.* Singulari animadverſione dignum eſt ſecundum exemplum, tum quia etiam legatum mundi muliebris generale eſt, non minus, quam legatum argenti: tum quia in mundo muliebri continetur quidem argentum muliebre, non tamen hoc nominatim & expreſſe legatum eſt, ſicut nominatim continetur in generali legato omnis argenti. Quamobrem nulla ratio apparet, cur potius argentum muliebre cedere debeat legato mundi muliebris, quam legato omnis argenti: præſertim propter verbum illud univerſale *omne*, ſed hoc ita deciſum fuiſſe a Pomponio arbitror, quia licet mundus muliebris plures diverſas res contineat *l. argumento* § *ornamenta. verſ. mundus l. ſi uxori in princ. ff. de auro & arg. leg.* tamen adjectio illa *muliebris* efficit, ut ſpeciei rationem habeat *l. Plautius* 8. *ff. eod* maxime ſi argentum, quod eſt in mundo, conſideretur, quod ſingularis res eſt, reſtrictum ad vaſa unguentaria, quæ argentea eſſe poſſunt, & ſi qua ſunt ſimilia: reliquum enim argentum ad ornamenta pertinet, non ad mundum *d. l. argumento* §. *ornamenta.* Plurimum enim intereſt decernere, quodnam ſit genus, quæ ſpecies: quandoque enim id non modicam habet dubitationem, cum duo genera eſſe videantur, ut in *l. ſervis urbanis* 99. §. *ult. ff. de leg.* 3. ubi cuidam legati erant vernæ, alii curſores: quidam autem ſervi erant ſimul & curſores, & vernæ. Dubitatum fuit, cui cederent: utrumque enim genus eſſe videtur tam vernarum, quam curſorum. Paulus tamen reſpondit, curſoribus cedere: ſemper enim ſpecies generi derogat. Nimirum licet plures, ac plures poſſint eſſe curſores, tamen curſorum officium nullas ſpecies continet: nomen autem vernæ plures ſpecies ſubjectas habet: puta, quidam ſunt atrienſes, quidam fabri, quidam textores, ac ſimiles: tot enim poſſunt eſſe ſpecies vernarum, quot ſunt miniſteria, & officia ſervorum. Subdit deinde Paulus. *Si in ſpecie aut in genere utrique ſint, plerumque communicabuntur.* Multum igitur refert diſtinguere ſpeciem a genere. Illud animadvertendum eſt, hic genus & ſpeciem more dialecticorum accipi, ut ſupra etiam indicavimus.

In contrariam partem multa afferri 7
poſſunt: ac primo contrarium reſpondiſſe videtur Julianus in *l. ſi domino* 99. *ff. de leg.* 1. *Si domino Stichus legatus eſſet, & ſervo ejus optio data; partem dimidiam Stichi dico ad dominum pertinere, quod poſſit ſervus manumiſ-*

*ſus*

*sus eumdem Stichum optare.* Idem Julianus in *l. si Eros* 11. *ff. de opt. leg.* *Si Eros Sejo legatus sit, & Eroti fundus, deinde optio servi Mævio data fuerit, isque Erotem optaverit, fundus ad solum Sejum pertinebit, quoniam aditæ hæreditatis tempore is solus erat, ad quem posset legatum pertinere.* Pro certo habet Julianus eum cui legata est optio, posse optare servum alteri legatum. Non possunt hæc esse contraria sententiæ, quam supra probavimus, quam probat idem Julianus harum legum auctor in *l. uxorem* 41. §. *felicissimo* 3. *D. de leg.* 3. ubi ait, non esse verisimile, testatorem, qui specialiter libertis fundum legavit, ad filium, cui & hæreditatis partem reliquit, legatum generali sermone transferre voluisse. Quamobrem investigare oportet discrimen inter legatum generis, & legatum optionis.

8 Glossa ait, quod testator duos tantum servos habebat, Erotem, & alium: adeoque inutile esset legatum optionis, si non posset Erotem optare. Verissimum id quidem, si aliquo argumento conjectare possemus, testatorem duos tantummodo servos habuisse. Sed præterquam quod nulla, ne levis quidem, conjectura potest afferri, contrarium potius conjicere possumus, quia constanter duobus locis, ac diversis factis propositis, Julianus respondit sine ulla distinctione.

Verius igitur existimo, legatum optionis legato generali comparandum non esse. Qui legat genus, legat omnes servos, quos genus complectitur *l. si chorus* 79. *D. de leg.* 3. Qui legat optionem, unum tantummodo servum legat incertum quidem ante optionem, sed qui certus ex optione fiet. Itaque si uni servus, alteri optio servi legetur, utrumque legatum speciale est, alterum continet speciem certam, alterum incertam. Quamobrem obtinere debet regula a Paulo tradita in *l. servis urbanis* 99. §. *ult. ff. de l.* 3. *Si in specie aut in genere utrique siat, plerumque communicabantur.* At enim, inquies, legatum optionis orationis compendio omnes servos comprehendit *l. Mævius* §. 1. *D. de leg.* 2. Verissimum id est quoad facultatem eligendi, non quoad obligationem; neque enim omnes servi debentur legatario, sed is tantum, qui a legatario optabitur, vel illi tres tantum, quos eligere potest ex legato optionis *l.* 1. *D. de opt. leg.* Et cum optionis legatum esset olim conditionale §. *optionis* 23. *instit. tit. de leg.* non ante nascebatur obligatio, nec dominium transferebatur in legatarium, quam si optasset.

Sed hoc maxime probat in legato optionis contineri etiam servum alteri legatum: nam cum generaliter unus servus per optionem legetur *l. his consequenter* 18. *in princ. D. fam. ercisc.* utique testator de omnibus ac singulis videtur cogitasse *l. cum ita legatur* 9. *D. de opt. leg.* quæ est ejusdem Juliani: *eum, qui sub conditione libertatem Sticho det, & optionem servorum, non cogitare de Sticho, sicuti constat non cogitare eum de eo, cui præsentem libertatem dederit: secundum quod si Sticham optavero, nihil agam, & ex ceteris nihilominus optabo.* Non cogitat testator de servo manumisso: si enim eum vult esse liberum, utique non vult eum præstari legatario. De reliquis cogitat testator: cogitat etiam de servo alteri legato: nam & hic in familia, ex qua fieri debet optio, continetur *l. si optio* 13. *D. de opt. leg.* & ab hærede præstari potest. Is, cui generaliter omnes servi legati sunt, facile vindicabit etiam servum alteri legatum, cum dimidiam ejus partem sit consecuturus, & ideo testator ipsum alteri legando exemit e genere legato. Is, cui optio legata est, non facile optabit servum alteri legatum, quia eum optando, dimidiam tantum partem ejus est consecuturus; alium autem optando, totum servum est habiturus: & ideo hunc servum

vum non exemit e familia testator. Ille contentus esse debet omnibus aliis servis, quos consequitur ex liberalitate testatoris, non adimere partem servi alteri legatario, qui unum tantum servum accepit a testatore; & hoc testatorem voluisse non est verisimile. Hunc qui unum tantum servum, aut ad summum tres est consecututus, laxiorem in optando facultatem habere consentaneum est voluntati testatoris. Sic igitur concludendum est ex sententia Juliani: ex legato optionis eximitur a testatore servus, qui ab eo vel præsentem vel sub conditione libertatem accepit, quia de hoc non videtur cogitasse testator; cum enim voluerit eum esse liberum, noluit eum legatario optionis præstari. Quocirca, si conditio libertati adjecta defecerit ante aditam hæreditatem, poterit ille servus optari, laudata *l. cum ita §. ult. D. de opt. leg.* Longe aliter se res habet in legato familiæ vel omnium servorum. Nam qui uni certum servum legat, & alteri omnes servos, nunquam videtur cogitasse de illo servo, quem illi specialiter legavit.

Contrarium quoque esse videtur Modestini responsum in *l. si alii 19. in princ. D. de usu & usufr. leg.* cujus auctoritas a quibusdam doctissimis viris est repudiata. Testator alii fundum, alii usumfructum ejusdem fundi legavit; respondit Modestinus, usumfructum inter eos communicari.

Sed nullo modo contrarium est regulæ, quam initio statuimus. Neque enim hic agitur de legato generis & speciei. Non est alii legatum genus, alii species: sed uni legatum est totum, alteri pars. Fundus non est genus, sed res singularis, nec ususfructus est species fundi. Fundus est totum quiddam conflatum ex proprietate, & usufructu; ususfructus, & proprietas sunt partes fundi, quæ juris intellectu fundum componunt *l. qui usumfructum 58. ff. de V. O.* Quamobrem ille, qui legat usumfructum, legat partem fundi, & quidem eam partem, qua detracta fundus dari non intelligitur. Quo fit, ut qui fundum legat, necessario complectatur & proprietatem, & usumfructum; quia detracto usufructu, fundus dari non intelligitur *d. l. qui usumfructum D. de V. O.* Detracta specie remanet genus, detracto usufructu non remanet fundus, sed sola proprietas. Atqui non sola proprietas legata fuit, sed proprietas conjuncta cum usufructu.

Atque ut clarius eluceat, Modestini responsum ad rem nostram non pertinere, observandum est, nos, cum dicimus speciem uni legatam non comprehendi in genere alteri legato, nisi conjectura voluntatis testatoris, qui speciem legando videtur eam a genere eximere. Contra Modestinus nititur verbis testatoris, eorumque significatione etiam contra ejus voluntatem. Ibi: *Si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo* &c. Et hoc est, quod in multorum reprehensionem incurrit, quod verborum vim voluntati prætulerit: quam, si quando nobis obvenerit occasio, diluemus. Quod ad rem nostram attinet, Modestinus in ea lege non disputat, an species generi deroget: Sed an erraverit testator, qui legavit fundum, cum vellet legare nudam proprietatem, & an a verbis sit recedendum, ut errori testatoris obsequamur: seu, ut dicam planius, an cum perspicua sint verba testatoris, admittenda sit voluntatis quæstio, quod etiam Paulus negavit in *l. ille aut ille 26. D. de leg. 3.* Nam quod legato uni fundo, alteri usufructu, inter eos communicetur ususfructus, controversum non erat *l. si tibi decem 6. D. de usufr. ear. rer. l. Sempronius Attalus 26. §. ult. D. de usufr. leg.* sicuti si uni legetur domus, alteri habitatio *l. Sempronio 33. in princ. D. de usu & usufr. leg.* Id erat in controversia, an ususfructus esset communicandus, etiamsi testator lega-

legaverit fundum eo proposito, ut nudam proprietatem legaret; & Modestinus respondit, nihilominus totum fundum legatum esse, & communicandum usumfructum, quemadmodum in re non absimili statuerunt Servius, & Celsus contra opinionem Tuberonis in *l. Labeo 7. §. ult. ff. de supell. leg.*

10 Sed obstat text. in *l. cum quæstio 23. C. de leg.* Qui legat uni totum, alteri tertiam partem, primo duæ tertiæ, alteri tertia debetur, & ita de aliis partibus. Sed hæ sunt partes quantitativæ, ut ajunt, quæ non possunt communicari cum eo, cui totum legatum est ex voluntate testatoris, quia secundus non haberet tertiam partem, si eam cum primo communicaret, quod voluit testator *d. l. cum quæstio*.

11 Sequitur aliud argumentum, quod duci potest ex *l. uxorem 41. §. codicillis ff. de leg. 3.* Testator servis manumissis legavit contubernales, itemque filios & filias. Idem postea petit ab heredibus suis, ut restituerent quosdam fundos, cum omnibus, quæ ibi erunt, & mancipiis rusticis, vel urbanis, & actoribus, exceptis manumissis. In fundis legatis tempore mortis testatoris erant servi Eros, & Stichus, qui actum administrabant; & erant filii Damæ, qui a testatore fuerat manumissus. Quæsitum fuit, an illi ad Damam pertinere deberent, quod ejus essent filii, an vero ad uxorem, quod in fundis ei relictis essent. Respondit Scævola, ad patrem naturalem intuitu pietatis eos pertinere. Non confugisset Scævola ad intuitum pietatis, si servi illi specialiter legati patri naturali, exempti essent a genere mancipiorum uxori legato.

Respondetur, confugiendum fuisse ad intuitum pietatis pluribus de causis. Prima ac potissima est, quia testator, cum legavit servis manumissis contubernales, nec non filios, & filias, excepit eos, quos uxori legasset: atqui Eros & Stichus uxori legati erant, cui reliquit testator mancipia, quæ in fundis per fideicommissum uxori relicta essent. Accedit quod nominatim testator reliquit uxori actores, qui essent in fundis fideicommissis, & hujusmodi erant Eros, & Stichus. Concurrit & alia causa, quia hic non erat uni relictum genus, alteri species: sed aut utrique genus, aut utrique species. Nam manumissis legati erant filii, & filiæ nominatim: uxori relicti erant nominatim actores: itaque viderentur esse communicandi Eros & Stichus inter Damam, & uxorem juxta *l. servis urbanis 99. §. ult. ff. de leg. 3.* Sed omnem controversiam dirimit intuitus pietatis, quo præsumitur adductus testator ad legandos filios, & filias servis, quos manumisit: ut possint eis libertatem dare, eosque pie, ac liberaliter tractare.

Aliud argumentum nobis suppeditat 12
idem Scævola in *l. Titia 19. §. qui Marco ff. de ann. leg. Qui Marco homini docto certa annua præstabat, testamento cavit: Domina sanctissima scio te de amicis meis curaturam, ne quid his desit: verumtamen & Marco dare octingenta. Respondit Scævola, Marco deberi non solum octingenta, sed etiam annua, quæ testator ei vivus præstabat.*

Nullius momenti est hoc argumentum. Non est uni legatum genus, alteri species: Sed eidem legata tum octingenta, tum annua. Non est legatum genus & species. Nam nec annua sunt species octingentorum, nec octingenta sunt species salarii annui, quod a vivo testatore ei præstabatur. Solum igitur concurrunt duo legata in eodem legatario, atque adeo utrumque præstandum esse dubitari non poterat. De eo controversia erat, an Marco relicta essent annua illis verbis, *scio te de amicis meis curaturam, ne quid his desit*. Item an octoginta relicta essent & subrogata in locum annui salarii: tunc



Digitized by Google

tunc enim annuum ſalarium non deberetur, ſed ſolum octingenta *l. alimenta §. Baſilicæ ff. de alim. leg.* quam ſupra expoſui. Sed verba, quibus uſus eſt teſtatot: *veruntamen Marco. &c.* demonſtrant, teſtatorem voluiſſe, Marcum habere utrumque legatum, atque ita recte ea eſt interpretatus Scævola.

13 Supereſt aliud petitum ex *l. ult. § ult. ff. de aur. & arg. leg. Mulier Sejæ legavit ornamenta univerſa: deinde juſſit, ſe funerari arbitrio viri, & ex ornamentis inferri ſibi lineas duas ex margaritis, & viriolas ex ſmaragdis. Sed neque maritus, neque heredes curarunt, ut hæc ornamenta inferrentur. Reſpondit Scævola, non ad heredes, ſed ad Sejam legatariam ea ornamenta pertinere.*

In promptu eſt reſponſio. Non impleta voluntate teſtatricis, quæ viriolas ex ſmaragdis, & duas lineas margaritarum e genere ornamentorum exemerat, ut iis ornaretur, cum ſepeliebatur, utique genus non minuitur, & Sejæ, cui ornamenta legata fuerunt hæc quoque debentur, cum in genere legato contineantur, a quo non fuerunt exempta, non impleta teſtatricis voluntate, quæ facto mariti, & hæredis ad nihilum recidit, adeoque nihil detrahit legato generali.

---

## CAPUT XXIII.

### *Ad L. legata 9. ff. de ſupellect. leg.*

### SUMMARIUM.

I *An ſpecies expreſſa coanguſtet genus, voluntatis quæſtio eſt. Interpretes, qui eam tractarunt, veritatem non aſſequuti.*

II *Species adjectæ genus non minuunt, ſi qua cauſa appareat, cur adjectæ fuerint. Expenduntur loca, quæ pro negativa ſententia afferuntur ad n. VI.*

VII *Enumerantur loca, quibus affirmativa ſententia confirmatur ad n. XVI.*

SUccedit altera controverſia, quam in 1
ſuperiore attigimus, infinitis propemodum difficultatibus involuta, quam dum explicare conati ſunt interpretes, & in forenſibus cauſis apprime exercitati, mirabiliter implicarunt. Ea eſt, an ſpecies expreſſæ coanguſtent genus, ipſumque contrahant ad ſpecies expreſſas. Voluntatis quæſtio eſt: adeoque oleum & operam perdunt, qui hac de re certam regulam ſtatuere conantur.
Facile quidem rem expediunt, qui ajunt, 2
tunc ſpeciem genus coarctare, cum adjecta eſt aliqua particula taxativa: *ſcilicet, videlicet*, aliave ejuſdem modi. Sed hi non ſolvunt quæſtionem, verum ab ea declinant. De hoc enim nulla poteſt eſſe controverſia, cum manifeſta ſit voluntas teſtatoris ſuam mentem perſpicue declarantis. Alii diſtinguunt, an ſpecies præcedat genus, an ſubſequatur. Inanis profecto diſtinctio, nulloque jure, nulla ratione ſuffulta. Sunt, qui docent, diſtinguendum eſſe, an genus ſit per adjectivum neutraliter poſitum, an per ſubſtantivum. Niſi vererer de doctiſſimis viris detrahere, hanc diſtinctionem non ſolum commentitiam eſſe dicerem, ſed etiam ineptam. Certe veteres Juriſconſulti nihil tale cogitarunt. Ut hoc appareat, atque extet, ſingulas leges, quæ hac de re pertractant, diligenter explanabimus, & quæ in utramque partem differuntur, exponemus, ac deinceps, quid in hac perdifficili, & perobſcura quæſtione ſentiamus, in ſequenti diſſertatione proponemus.

Primum autem, quod ſpecies non 3
imponat generi modum, nec legatum minuat, perſpicue traditum ab Ulp. in *l. quæſitum* 12. §. *ſi quis fundum* 46. *ff. de fund. inſtr.* pro quo facit auctoritas Papiniani in *l. legato 9. ff. de ſuppel. leg.* Papinianus ita ſcribit. *Legata ſuppellectili, cum ſpecies ex abundanti per imperitiam enumerentur, generali legato non derogatur. Si tamen ſpecies certi numeri demonſtratæ fuerint,*

no-

Digitized by Google

*modus generi datus intelligitur.* Ulpianus autem in laudata *l. quæsitum* Papiniani responsum generaliter accepit. Ait enim: *Si quis fundum ita, ut instructus est, legaverit, & adjecerit cum suppellectili, vel mancipiis, vel cum aliqua re, quæ nominatim expressa non erat: utrum minuit legatum adjiciendo speciem, an vero non, quæritur: & Papinianus respondit, non videri minutum, sed potius ex abundanti adjectum.* Verba illa Papiniani: *cum species ex abundanti per imperitiam enumerentur*: Ulpianus ita interpretatur, quasi Papinianus pro certo affirmaverit, credendum esse, species adjectas fuisse per imperitiam ex abundanti. Quapropter nisi contrarium manifeste demonstretur, minutum non erit legatum. De altera legis parte, quæ videtur paulo obscurior, quando videlicet modus legato datus intelligatur, dicemus in proxima.

Hanc opinionem plerique confirmant auctoritate Modestini in *l. verba 5. ff. de alim. vel cib. leg.* Ibi: *Testator ita legaverat: omnibus libertis meis cibaria præstabis pro arbitrio vestro, non ignorans, quos ex his caros habuerim. Item alio loco ita scripsit: Prothymum, Polychronium, Hypatium commendo, & ut vobiscum sint, & cibaria præstetis peto. Quæsitum fuit, an omnibus cibaria dari deberent, an solis illis, quos commendavit, & cum heredibus esse jussit. Modestinus respondit, omnibus libertis cibaria relicta proponi, quorum modum viri boni arbitrio statuendum esse*: sed hoc Modestini responsum, ut ingenue fatear quod sentio, ad quæstionem nostram non pertinet. Animadverto enim verba illa: *pro arbitrio vestro*, non referri ad electionem libertorum, quibus alimenta præstanda sint: testator enim omnibus libertis cibaria præstari voluit; non dedit electionem heredibus, quibusnam ea præstare vellent: ac propterea recte respondit Modestinus, omnibus libertis cibaria relicta proponi. Ea igitur verba referuntur ad modum alimentorum: hoc est, heredes scientes, quos testator ex libertis caros haberet, his pinguiora alimenta præstare debent: & ideo recte dixit Modestinus, modum cibariorum arbitrio boni viri statuendum. Licet enim testator id commiserit arbitrio heredum, tamen ipsi arbitrari debent, quemadmodum vir bonus arbitraretur. Illud etiam animadvertendum, quod secundum legatum tribus illis libertis nominatim relictum non potest minuere primum, quod generatim relictum est omnibus: tum quia, cum expresse relictum sit omnibus, non possunt ab eo reliqui excludi, nisi fuerit ipsis ademptum: tum quia hoc secundum legatum diversum est a primo, quia non solum in hoc cibaria relinquit tribus libertis testator, sed etiam mandat heredibus, ut eos secum habeant, & cum eos commendet heredibus, hoc ipso demonstrat, eos sibi caros esse, atque eis cibaria pinguiora esse præstanda, sicut mandaverat in primo legato. Constat igitur, hoc secundum legatum adjecisse testatorem, non ut cæteris adimeret legatum, & cibaria in primo legato ipsis relicta, sed ut hos commendaret heredibus, & caros sibi esse declararet, & velle se eos cum heredibus commorari. Quamobrem ex hac lege conficitur, quod si qua causa appareat, cur testator species generi adjecerit: ac si verba commode alio referri queant, idque recta ratio sermonis suadeat, nunquam species adjectæ genus minuent, eique modum ac terminos angustiores circumscribent.

Minus ad rem attinet Scævolæ responsum in *l. alimenta 16. §. Basilicæ ff. de alim. & cib. leg. Basilicæ legata erant decem, ut cum annorum viginti-quinque esset, ei restituerentur cum usuris, ex quibus aleretur. Alio capite libertis, libertabusque cibaria, & vestiaria, & habitatio legata erat. Quæsitum fuit, an hæc quoque Basilicæ deberentur: responsum est non deberi.* In hac 4

lege non id, de quo agimus, in quæstione versatur: Sed an legatum speciale duplicatum videatur, adjecto legato generali: Seu an genus comprehendat etiam speciem, de qua testator specialiter jam disposuerat, qua de re in superiore disputavimus, & fortasse alias disputabimus. Basilicæ libertæ relicta erant decem cum usuris, ut ex his aleretur: adeoque ei relicta erant alimenta. Postea legata erant alimenta libertis, libertabusque, utique in hoc legato generali Basilica non continetur, cui jam alimenta specialiter erant legata, neque enim verisimile est, testatorem voluisse eam habere alimenta duplicata. Et ideo optimam rationem subdit Claudius: *quia destinaverat alimentis ejus usuras pecuniæ, quas ei specialiter prælegaverat*: species hic coarctat genus eo modo, quo potest. Nam Basilica in legato generali non continetur: non ea ratione quia species coarctet genus, sed quia alimenta jam ei erant legata. Cæterum, quod nostræ quæstionis est, hoc loco genus in unam speciem redigi non potest: hoc est, soli Basilicæ alimenta deberi. Etenim cum duo sint legata inter se diversa, atque sejuncta, si soli Basilicæ alimenta deberentur, legatum generale alimentorum esset omnino inutile: quo nihil absurdius dici potest, aut cogitari. Neque adeo juris ignarus fuit Scævola, ut hoc in controversiam vocaret: aut tamquam rem dubiam incertamque proponeret.

Supersunt aliæ duæ leges explicandæ.
5 In *l. annuam 6. ff. de ann. leg. Testator annuam pecuniam ad ludos civitati reliquit, quibus præsideri heredes voluit, successores negant se debere, quasi testator tamdiu præstari voluisset, quamdiu præsiderent heredes. Respondit Modestinus fideicommissum in perpetuum præstandum esse.* Sed hic nulla species adjecta generi, verum qualitas adjecta legato in honorem heredum: quæ legatum, quod natura sua perpetuum est, *l. pen. ff. eod.* non efficit temporarium.

In *l. quisquis 95. in fin. ff. de leg.* 6
3. Testator legaverat cuidam quantas summas dictasset: dictavit etiam res corporales. Quæsitum est, an hæ legato continerentur. Eas quoque contineri responsum est. Futile est argumentum, quod ex hac lege deducitur. Alienissimum enim est a nostra quæstione, quod in ea lege vocatur in dubium. Nimirum dubitatur, an nomine summarum res corporales contineantur: & contineri respondetur, tum quia id non abhorret a verbi significatione, ut ibi probatur exemplis, tum quia consentaneum est voluntati testatoris, qui inter summas dictavit etiam res corporales.

Contraria sententia gravissimis firmissimisque nititur argumentis. Primum ducitur a *l. hæres meus* 100. §. 1. *ff. de leg.* 3. Duæ statuæ marmoreæ cuidam nominatim, item omne marmor erat legatum. Quæstionis fuit apud veteres, an solæ duæ statuæ legato continerentur, quæ nominatæ erant, an etiam reliquæ, quæ generali legato marmoris poterant contineri. Javolenus statuit, solas duas deberi. Animadvertendum tamen est, quod hic duo proponuntur legata: alterum speciale statuarum: alterum generale marmoris. Dubitatur, quid generali legato marmoris testator voluerit comprehendere: & licet verbi significatio possit etiam ad statuas extendi, tamen, cum statuas separatim ac specialiter legaverit, potest videri, non putasse in marmore se statuas legare. Quamobrem si subtilius expendatur Javoleni responsum, pertinet potius ad eam quæstionem: an species expressa in genere contineatur. 7

Alterum ducitur a *l. ult. in fin. ff.* 8
*de trit. vin. & ol. leg.* Ibi: *Legatum erat vinum amphorarium, Aminæum, Græcum, & dulcia omnia. Inter dulcia nihil nisi quod potionis est, legatum videtur*. Equidem vini commemoratio restringit generale legatum omnium dulcium.

eium. Verumtamen si rem attentius consideremus, non restringitur genus a specie expressa, nam & vini legatum generale est: sed cum legato vini subjiciantur verba illa: *& dulcia omnia*: dubitatum fuit, an ea tantum dulcia legata viderentur, quæ sunt ejusdem generis, ac vinum; nempe quæ sunt potionis, ut passum, defrutum, & alia poculenta, an vero etiam esculenta, ut ficus, caricæ, mel, & alia hujus generis. Et quia conjunctim eadem oratione post genera vini enumerata adjecit etiam dulcia, respondit Labeo, solum ea, quæ sunt potionis, legato contineri ex collatione vini amphorarii. Collatio igitur vini supra legati genus dulcium ad potiones contrahit, ac reducit, non species expressa. Itaque ex hac lege potius illud deduci posse videtur, quod quoties alicui generi subjicitur aliquid magis generale, & quod latius pateat, quam genus superius expressum, hoc ad illud redigi ac reduci debeat, facta collatione cum illo.

9 Tertium depromi potest ex *l. nam quod liquidæ* 4. *in fin. ff. de pen. legata*, Ibi: *Legata erat omnis penus præter vinum, quod Romæ erit. Pomponius & Paulus responderunt, solam penum, quæ Romæ est, legatam videri*. Hoc quoque legatum vere non restringit adjectio vini, sed demonstratio illa, quæ certo loco circumscribit rem legatam: *quod Romæ erit*. Demonstrat enim testatorem sensisse de penu, quæ Romæ erat: Exceptio enim sicut confirmat regulam in his, quæ non sunt excepta, ita demonstrat, qua de re voluerit disponere testator *l. quæsitum* §. *idem respondit domo* 43. *verf. denique Neratius ff. de fund. instr.* Itaque demonstratio illa: *quod Romæ erit*, licet adjecta fuerit vino, tamen refertur ad totum legatum, hoc est, ad penum legatam. Nam quod excipitur, pars est subjecta generi, unde eximitur: ac propterea si vinum, quod Romæ est, excipitur, & de penu legata eximitur, penus quoque, quæ Romæ est, legata censeatur necesse est.

Quartum ex *l. cum de lanionis* 18. 10
§. *cui fundum ff. de instr. vel instrum. leg. Cui fundum instructum legavit nominatim, mancipia legavit: quæsitum est, an reliqua mancipia, quæ non nominasset, instrumento cederent. Cassius ait responsum esse, tametsi mancipia instructi fundi sint, tamen videri eos solos legatos esse, qui nominati essent; quod appareret non intellexisse patremfam. instrumento quoque servos annumeratos esse*.

Quintum ex eadem *l.* §. *quidam pe-* 11
*nult. Cum quidam ita legasset; villam meam ita ut ipse possedi, cum supellectile, mensis, mancipiis, quæ ibi deputabuntur, urbanis, & rusticis, vinis, quæ in diem mortis ibi erunt, & decem aureis: & quæreretur, cum in diem mortis ibi libros, & vitreamina, & vestieulum habuerit, an eadem omnia legato cederent, quoniam quædam enumerasset. Scævola respondit specialiter expressa, quæ legato cederent*.

In *l. Sejæ* 20. *in princ. ff. cod. Qui-* 12
*dam testamento Sejæ reliquit fundos instructos, cum villicis, & reliquis colonorum. Postea in codicillis, oblitus testamentariæ scripturæ, legavit fundos ita ut sunt instructi rustico instrumento, supellectile, pecore, & villicis, cum reliquis colonorum, & apotheca. Respondit Scævola, testatorem, quid instructi appellatione contineri vellet, satis ostendisse*; ideoque ea tantum, quæ enumeravit, deberi: non autem quod usus quotidiani causa in fundis haberet, licet hoc quoque fundi instructi appellatione contineatur *l. quæsitum* §. *sed si fundus cum seqq. ff. cod.*

In *l. quæsitum* 78. §. 1. *ff. de leg.* 13
3. *Argentum omne, & supellectilem, quodcumque habeo, tibi dono, & quicquid in prædio Semproniano habeo*. De hoc legato respondit Paulus: de argen-

to,

to, & supellectile, quæ alibi esset, eum, cujus notio est, æstimaturum, ut obtineat, quod testatori placuisse a legatario approbabitur, ergo nisi legatarius probet, testatorem voluisse legare etiam argentum, & supellectilem, quæ alibi esset; legatum generale redigetur ad id solummodo, quod est in fundo Semproniano. Sed, ut supra dicebam, designatio certi loci est, quæ laxissimum legatum arctius adstringit, & reducit ad ea, quæ sunt in fundo Semproniano. Nimirum cum plura conjunctim legata, aut donata sint, mentio fundi Semproniani in fine adjecta ad omnia antecedentia refertur: maxime quia in legato antecedenti testator eum contentum esse jusserat fundo Semproniano cum suis inhabitantibus, id est, familia, & quæ ibi erunt. Itaque subsequens epistola, in qua pariter legatum adstringitur ad limites fundi Semproniani, interpretationem recipit a præcedenti legato *l. si servus* 50. §. *ult. ff. de leg.* 1. *l. nummis* 75. *ff. de legat.* 3.

14 In *l. legatorum* 33. §. 1. *ff. de legat.* 2. Quidam plures heredes instituit testamento: a quibusdam nominatim relinquit legata: postea codicillos ad omnes hæredes scripsit. Respondit Modestinus, nihilominus ea legata deberi solum ab illis hæredibus, quos manifeste testamento testator expresserit. Non existimo hanc propositæ sententiæ plurimum adjumenti afferre. Hic non species derogat generi: sed genus in codicillis adjectum non derogat speciei in testamento nominatim expressæ. Præterea testator scripsit quidem codicillos ad omnes hæredes, non tamen ab omnibus expresse legata repetiit. Nam si legata ab omnibus expresse repetiisset, sicut a quibusdam nominatim in testamento reliquerat, ab omnibus deberentur, non bis, sed semel, *l. si tibi homo* 86. §. 1. *ff. de leg.* 1. *l. Mævius* 66. §. *cum qui ff. de leg.* 2. Cum autem expresse & nominatim ab omnibus ea non repetierit, non debet id, quod incertum est, explicare rem certam; nec obscura voluntas, claram & expressam in testamento voluntatem testatoris declarare, aut ei derogare.

Superest explicandum aliud Scævolæ 15 responsum in *l. Aurelius* 28. §. *testamento ita ff. de liberat. leg. Testamento ita scripserat: Titio affini meo quicquid mihi quacumque ex causa debebat, remitti volo, eoque amplius decem do. Codicillis ita scripsit: Titio hoc amplius affini, & debitori meo, usuram pecuniæ, quam mihi debet, ab hærede meo donec vivet, exigi veto: quod si exigere contra voluntatem meam putaverit, ejus sortis usuram eidem Titio ab hæredibus meis donec vivit, præstari volo.* Respondit Scævola, *videri minutum legatum, quod primo dederat.* Sed hic non minuitur legatum propter speciem adjectam generi. Sunt enim duo diversa legata, diversas res continentia, diversis scripturis relicta. Primum relictum est in testamento: alterum in codicillis: primum continet liberationem a debito sortis, alterum liberationem ab usuris: primum est indefinitum, & nullo tempore circumscribitur: alterum continet liberationem ab usuris quamdiu vivet legatarius. Ratio igitur, cur secundum legatum minuat primum, ea est, quia secundum continet revocationem, & ademptionem primi quoad debitum sortis. In primo enim testator legatario remittit, quicquid ex quacumque causa debebat: remisso autem debito, necessario consequitur etiam remissio usurarum in futurum, cum, extincto debito principali, non possint amplius currere usuræ. In secundo remittit usuras quoad vivet legatarius, & vetat eas exigi ab herede; & si exactæ fuerint, eas legatario restitui. Pugnat igitur secundum legatum cum primo. In primo enim remittit expresse sortem, & tacite usuras ex necessaria consecutione remissæ sortis. Contra in secundo remittit expresse

Digitized by Google

ſe uſuras; & ex neceſſaria conſequutione confirmat debitum ſortis. Inſulſa enim eſſet & inutilis remiſſio uſurarum, ſi ſublatum eſſet debitum principale ſortis, unde profluit curſus uſurarum. Sunt ergo contraria hæc duo legata quoad debitum ſortis: a primo enim tollitur: a ſecundo confirmatur. Quapropter utrumque ſimul ſtare non poteſt. Et quia in ultimis voluntatibus poſterior ſcriptura ſpectari debet *l. ſi tibi certam* 28. *in fin. ff. de adim. legat.* & quæ poſtea geruntur, prioribus derogant *l. Divi §. licet ff. de jure codicill.* ideo attenditur legatum relictum in codicillis, quod derogat legato relicto in teſtamento: quod nuda etiam voluntate poteſt revocari *l.* 3. *§. ult. ff. de adim. leg.* eaque etiam tacita *d. l* 3. *in fin. l. ſi inimicitiæ ff. de his quib. ut indig. l.* 2. *in fin. & l.* 3. *ff. de aur. & arg. leg.* Optimus in rem noſtram *text. in l. libertis* 18. *in princ. ff. de alim. leg.* Atque hæc certiſſima ſunt: ſed ſcrupulum & dubitationem injiciebant illa verba: *hoc amplius*, quæ augendi legati cauſa videbantur adjecta. Quapropter videri poterat teſtator adjeciſſe remiſſionem uſurarum in codicillis rei magis declarandæ cauſa, eo quod in teſtamento nullam uſurarum mentionem fecerat. Verum recte reſpondit Scævola, minutum eſſe legatum, tum natura rei, tum ipſa neceſſitate hoc dictante. Etenim ſi extingueretur debitum principale ſortis ex mente teſtatoris, utique non poſſent exigi uſuræ, ut in codicillis ſupponit teſtator. Præterea quia teſtator liberat a ſolutione uſurarum ſolummodo legatarium quamdiu vivet, non vero tollit earum obligationem in perpetuum: quare mortuo legatario iterum incipient currere uſuræ, quod fieri non poſſet, ſublato debito principali.

16 Hoc ad extremum moneo, fruſtra eſſe, quod ad tutandam hanc opinionem præſidium petunt ex *l. cum fundus* 126. *ff. de V. S.* ibi enim nec generis, nec ſpeciei ulla ratio habetur: ſed cum dominus in dando fundo aperte, ac perſpicue declaraverit: *jus fundi deterius factum non eſſe per dominum præſtabitur, amplius præſtabitur nihil*: licet verba illa: *uti optimus maximuſque eſſet*, ſignificent fundum liberum eſſe: tamen ambigua ſunt, quia poteſt eſſe liber ab omni ſervitute a quocumque impoſita, & poteſt dici liber a ſervitute impoſita a domino fundum dante. Propterea dominus ad tollendam ambiguitatem, addidit, ſe tantum præſtare jus fundi per ſe deterius factum non eſſe, & nihil amplius: quibus verbis dilucide planeque explicavit voluntatem ſuam, ut de ea dubitari non poſſet.

## CAPUT XXIV.

### *Ad eamdem Leg.*

### SUMMARIUM.

I *Species derogat generi in clara voluntate: in ambigua controverſum.*
II *Prima regula: cum ſpecies per imperitiam ex abundanti enumerantur, diſpoſitioni generali non derogant.*
III *Maxime ſi alia cauſa appareat, ex qua ſpecies adjectæ ſint.*
IV *Secunda: ſi ſpecies certi numeri demonſtratæ fuerint, modus generi datus in his intelligitur. Exemplis explicatur.*
V *Id obtinet cum ſpecies certi numeri in ipſomet diſponente demonſtrantur, puta, ſi eidem legatæ ſint.*
VI *Tertia: plures ac plures ſpecies adjectæ genus coerceant, & redigunt ad illas ſpecies. Exempla.*
VII *Expenditur l. quæſitum* 12. *§. ſi quis fundum* 46. *ff. de fund. inſtruct.*
VIII *Item l. Sejæ* 20. *ff. eod.*
IX *Traditur differentia inter ſecundam & tertiam regulam.*
X *Quarta: Duobus legatis ſeparatim relictis, quod reſtrictius eſt, derogat alteri Exempla.*
XI *Quinta regula. Species reſtringit genus, quoties utrumque conjunctim in eadem oratione exprimitur. Exempla.*

AN-

AN species adjecta generi modum imponat, ipsumque coerceat intra cancellos, quos species expressa circumscripsit, in superiore dissertatione in utramque partem disputavimus. Modo quid statuendum sit in tam difficili atque ob-
1 scura quæstione, operæ pretium est investigare. Equidem illud verissimum est, in toto jure speciem generi derogare *l. in toto* 80. *ff. de reg. jur. L. sanctio legum* 41. *ff. de pœn.* Exemplum hujus rei proponitur in laudata *l. sanctio* & in *l. si cum fundus* 126. *ff. de V. S. Cum fundum tibi darem, ita dixi: uti optimus maximusque esset, & adjeci: jus fundi deterius factum non esse per dominum præstabitur: amplius eo præstabitur nihil.* Verba: *uti optimus maximusque esset*, generalia sunt, & secundum illa dominus præstare deberet fundum esse liberum: sed cum adjecerit verba: *jus fundi* &c. quæ genus expresse coarctant, non potest dubitari, dominum non teneri aliud præstare, quam jus fundi per se deterius factum non esse. Sed de hac lege luculentius in fine superioris dissertationis. Aliud exemplum in *l. ex empto* 11. §. *qui autem ult. ff. de action. empti.* Venditor tenetur emptori præstare eum habere licere non solum per se, sed per omnes *d. l. ex empto* 11. §. *pen.* At si promittat emptori habere licere per se, heredesque suos, non tenebitur, si alius evincat, saltem ex empto in id quod ejus interest *d. l. ex empto* §. *ult.* Sed de his nulla est controversia, cum quis distincte atque explicate voluntatem suam exposuit: nam cum in verbis nulla est ambiguitas, non est admittenda voluntatis quæstio *l. ille, aut ille* §. 1. *ff. de leg.* 3.

2 Illud in controversiam vocatur, quid statuendum sit, cum ambigua est voluntas disponentis. Quid hac in re juris sit meo judicio, quam potero, planissime dicam. Prima regula sit, quam constituit Papinianus in *l. legata* 9. *ff. de supell. leg. Legata supellectili cum species ex abundanti per imperitiam enumerentur, generali legato non derogatur.* Hanc confirmat Ulpianus in *l. quæsitum* 11. §. *si quis fundum* 46. *ff. de fund. instr. Si quis fundum ita ut instructus est, legaverit, & adjecerit: cum supellectili vel mancipiis, vel una aliqua re, quæ nominatim expressa non erat: utrum minuit legatum adjiciendo speciem, an vero non, quæritur: & Papinianus respondit, non videri minutum, sed potius ex abundanti adjectum.*

Maxime vero obtinet hæc regula, si 3
appareat alia causa, propter quam testator generi species adjecerit, non eo animo ut legatum minueret: ut in *l. verba* 5. *ff. de alim. vel cibar. leg.* Ibi: *Omnibus libertis nostris cibaria præstabitis pro arbitrio vestro, non ignorantes, quos ex his caros habuerim: item alio loco: Prothymum, Polychronium, Hypatiam commendo, ut & vobiscum sint, & cibaria præstetis peto. Quæro an omnibus cibaria debeant dari; an his, quos commendavit; & cum hæredibus esse jussit. Modestinus respondit, omnibus libertis cibaria relicta proponi, quorum modum viri boni arbitrio statuendum esse.* Apparet enim testatorem tribus libertis nominatim cibaria reliquisse: non ut cæteris ea adimeret, sed ut eos commendaret hæredibus, sibique caros esse ostenderet, eisque pinguius cibaria præstarentur, & cum hæredibus commorarentur: ut fuse lateque diximus in superiore. Itaque Ulpiani perfugium confugere, per imperitiam & ex abundanti nominatos fuisse tres illos libertos. Quotiescumque igitur verba testatoris, & adjunctio specierum alio referri possunt, nunquam genus minuunt.

Altera regula, quam ab eodem Papiniano depromptam statuimus, ea est. 4
Si species certi numeri demonstratæ fuerint, modus generi datus in his speciebus intelligitur. Idem servabitur instructo prædio legato, si quædam species numerum certum acceperint. Verba sunt Papi-

Digitized by Google

Papiniani in *l. legata 6. in princ. ff. de supellect. leg.* quæ non modica indigent explicatione, ut, quid hac regula contineatur, recte teneamus. Exemplis a jure petitis rem planam faciemus. Primum petimus ex *l. cum de lanionis* 18. *§. cui fundum* 11. *ff. de fund. instruct.* Quidam legaverat Sempronio fundum instructum, & nominatim duo mancipia, Stichum, & Getam. Quæsitum fuit, an reliqua quoque mancipia deberentur, quæ testator non nominavit, nam legato fundo instructo debentur omnia mancipia, quæ agri colendi gratia in fundo sunt *l. in instrumento* 8. *in princ.* & in *§. quibusdam l. quæsitum* 11. *§. Alphenus* 2. *& passim alibi ff. eodem.* Verum licet in legato generali fundi instructi omnia mancipia contineantur: tamen, quia testator species certi numeri demonstravit, hoc est, Stichum, & Getam nominatim legavit, illi soli legato continentur, quod appareret, non intellexisse, instrumento quoque servos annumeratos esse. Instrumentum fundi genus est, sed genus summum, quod multa alia genera sibi subjecta comprehendit: ut mancipia, cibaria, instrumenta, & alia, quæ fuse enumerantur in *l. quæsitum* 11. *ff. de fund. instr.* Animadvertendum enim est, quod plerumque Jurisconsulti genus appellant id, quod speciem dialectici dicunt: & speciem, quam dialectici nominant individuum. Itaque cum ex genere mancipiorum a testatore nominatim duæ species legatæ fuerint, Stichus, & Geta, totum genus mancipiorum ad has duas species redigitur Stichum, & Getam, atque hi soli legato continentur, non reliqua mancipia.

5 Monendum tamen est, hoc solummodo obtinere, cum eidem legatæ sunt species certi numeri. Cæterum si alteri legata fuissent illa duo mancipia Stichus, & Geta; ei, cui fundus instructus legatus est, reliqua mancipia deberentur: ut contra Alphenum respondit Ulpianus in laudata *l. quæsitum* 11. *§. Alphenus* 2. *ff. de fund. instruct.* quia eos eximit a genere mancipiorum in fundi instrumento contentorum, & in illis tantummodo minuit legatum, eos adimendo legatario, & alteri dando.

Secundum haud absimile exemplum peti potest ex *l. heres meus* 100. *§.* 1. *ff. de leg.* 3. Ibi: *Duæ statuæ marmoreæ cuidam nominatim; item omne marmor erat legatum: nullam statuam marmoream præter duas Cascellius putat deberi. Ofilius, Trebatius contra. Labeo Cascellii sententiam probat, quod verum puto; quia duas statuas legando potest videri non putasse in marmore se statuas legare.* Marmor genus est, & continet alia genera, quæ minus late patent, ut marmor rude, marmor expolitum, statuas, vasa, & alia hujusmodi. Quoad genus statuarum testator duas nominatim legavit, ut puta statuam Jovis, statuam Veneris: has duas species nominatim legando non videtur in genere marmoris, statuas voluisse comprehendere: quamobrem reliquæ non debentur, & genus statuarum, quod universum in legato marmoris contineretur, redigitur ad duas species nominatim legatas, nempe ad statuas Jovis ac Veneris.

Tertia regula est. Si testator plures 6
ac plures species generi adjecerit: illæ genus coercent adeo, ut genus ad illas species redigatur, & ipsæ solummodo debeantur. Exemplum nobis suppeditat Paulus in *l. cum de lanionis* 18. *§. quidam, penult. ff. de fund. instruct. Quidam cum ita legasset: villam meam, ita ut ipse possedi, cum supellectili, mensis, mancipiis, quæ ibi deputabuntur, urbanis, & rusticis, vinis, quæ in diem mortis ibi erunt, & decem aureis. Et quæreretur, cum in diem mortis ibi libros, & vitreamina, & vesticulam habuerit, an eadem omnia legato cederent: Scævola respondit specialiter expressa, quæ legato cederent.* Vides hic tot species enumeratas fuisse, quæ

quæ totum fere genus absorbeant: Itaque præsumi non potest aut eas ex abundanti adjectas fuisse, aut restatorem ignorasse, ea legato genere contineri, ut in prima regula, quam initio exposuimus. Nam qui legat villam ita, ut ipse possidet, legat villam instructam *l. prædiis* 91. §. 1. *ff de leg.* 3.

Alterum exemplum proponit Scævola in *l. Sejæ* 20. *in princ. ff. de instruct. l. instr.* Atque hoc responsum fortasse est illud ipsum, cujus meminit Paulus in superiore lege. Verba Scævolæ sunt hæc: *Sejæ ex parte heredi institutæ, si heres erit, fundos per præceptionem dederat instructos cum suis villicis, & reliquis colonorum: & codicillis ita scripsit. postea mihi venit in mentem, Sejæ fundos, quos reliqui, ita ut sunt instructi rustico instrumento, supellectili, pecore & villicis, cum reliquis colonorum, & apotheca habere volo. Quæsitum est, an etiam ea, quæ patrisfamilias usus quotidiani causa in fundis fuerunt, legato continerentur? Respondi, &c. non amplius deberi quam in codicillis, quos sane post oblivionem testamentariæ scripturæ fecisset, instructi appellatione contineri se velle, manifeste ostendisset.* Etiam in hoc legato enumerantur fere omnes species, quas genus complectitur: ac propterea neque ex abundanti, neque per imperitiam præsumi possunt adjectæ.

7 Hanc regulam plane perspicueque indicat Ulpianus in *l. quæsitum* 12. §. *si quis fundum* 46. *ff. de instr. l. instrum. Si quis fundum ita ut instructus est, legaverit, & adjecerit, cum supellectili, vel mancipiis, vel una aliqua re, quæ nominatim expressa non erat: utrum minuit legatum adjiciendo speciem, an vero non, quæritur; & Papinianus respondit, non videri minutum, sed potius ex abundanti adjectum.* Observo hic ab Ulpiano proponi, vel unam tantum speciem adjectam, veluti supellectilem, vel mancipia: vel unam aliquam rem: non autem has omnes species cumulatim adjectas fuisse, sed unam, aut alteram tantummodo: itemque non plures res expressas fuisse, sed unam aliquam rem, quæ nominatim in genere expressa non erat. Atque id ideo, quia aliter responsurus fuerat, si plures species cumulatim fuissent expressæ.

Id ipsum observari potest in Scævolæ 8
responso quod habemus in *l. Sejæ* 20. *in princ. ff. eod.* cujus verba modo retulimus. Scævola enim, antequam propositam quæstionem decidat, primum statuit, attendi debere legatum in codicillis relictum, non autem relictum in testamento. Et quia in codicillis testator quamplurimas species expresserat; idcirco respondit eum manifeste ostendisse, quid instructi appellatione contineri vellet. Quod si attendi deberet legatum factum in testamento, in quo legaverat fundos instructos cum suis villicis, & reliquis colonorum, deberentur fundi cum omni instrumento: quia adjectio illa specialis, & singularis genus non redigeret ad illas duas species, quæ ex abundanti adjectæ præsumerentur. Atque id clare indicant verba illa Scævolæ: *verum non amplius deberi, quam in codicillis*, &c. quibus verbis demonstrat, quod ex testamento aliquid amplius deberetur, videlicet fundus cum omni instrumento, ac propterea etiam ea, quæ usus quotidiani causa in fundis fuerunt. Legatum igitur relictum in testamento, attenta complexione verborum, restrictius est, quam legatum relictum in codicillis: re ipsa laxius est, quia illud non restringit adjecta species villicorum, sicut hoc restringit tot specierum enumeratio. Atque ita interpretari posse existimo verba illa Scævolæ: *Sejæ insuper fundum legatum*: nempe quod pinguius erat legatum relictum in testamento, quia insuper continebat etiam ea, quæ patrisfam. usus quotidiani causa in fundis fuerunt. Quod si liceat verba legum emendare, non recederem ab emendatione

Cuja-

Cujacii, & Fabri, qui legunt: *Sejæ instructum fundum legatum.* Vere enim in testamento legatus erat fundus instructus, quia adjectio illa: *cum suis villicis & reliquis colonorum* legatum non coercet, quominus maneat integrum & sine diminutione legatum fundi instructi. Hoc ipsum non minus aperte indicant alia Scævolæ verba: *Verum non amplius deberi, quam in codicillis, quos sane post oblivionem testamentariæ scripturæ fecisset.* Quibus verbis arbitror Scævolam voluisse significare, quod cum testator fecerit codicillos post oblivionem testamentariæ scripturæ, non potest a legato relicto in testamento deduci interpretatio legati relicti in codicillis; adeoque hujusmodi legatum est interpretandum secundum verba a testatore prolata, & naturam ipsius legati. Non erat oblitus testator, se fundum in testamento legasse, ut constat ex verbis codicillorum: sed quomodo, & quibus verbis legasset. Si non esset oblitus ejus scripturæ, potuisset fortasse disputari, an legatum in codicillis relictum interpretandum esset secundum legatum in testamento relictum: sed cum ejus oblitus esset testator, necesse est, hoc secundum legatum interpretari secundum verba, quibus hoc legatum relinquit, & mentem legantis, quam verbis expressit. Et hanc fuisse Scævolæ mentem nullus dubito.

9 Antequam autem alio progrediar, monere consentaneum duco, inter hanc tertiam regulam, & secundam supra explicatam plurimum interesse. In illa enim non species subjectæ generi exprimuntur, sed nominatim adjiciuntur res singulares, quæ continentur in aliqua specie subjecta generi legato. Quamobrem non restringunt genus ita, ut totum genus ad res nominatim expressas reducatur: sed restringunt eam speciem, cujus sunt partes, eamque coarctant & redigunt ad res nominatas, reliquæ autem species, quas genus complectitur, non minuuntur, sed manent integræ atque illæsæ, & nulla ex parte diminutæ. Contra in hac tertia non res singulares exprimuntur, sed species, quæ in genere continentur: adeoque non una tantum species minuitur, & coercetur, sed totum genus, quod concluditur intra species expressas, nec eas prætergreditur, sed earum terminis circumscribitur, adeo ut nihil aliud legato contineatur, nihil aliud debeatur, quam species expressæ.

Quarta regula. *Si duo fuerint inter se distincta, ac separatim relicta legata: veluti alterum in testamento, alterum in codicillis, & hoc sit restrictius, derogat primo, ipsumque minuit.* Exemplum habemus in *l. Sejæ in princ. ff. de instruct. l. instr.* quod hic repetere operæ pretium non est, quia modo eam legem exposuimus, & quidem paulo uberius atque distinctius, quia difficiles haber explicatus, & a nostris misere vexatur. 10

Alterum exemplum proponitur in *l. Aurelius* 28. §. *testamento ita ff. de liber. leg. Testamento ita scripserat: Titio affini meo, quidquid mihi quacumque ex causa debet, remitti volo; eoque amplius decem do. Codicillis ita scripsit: hoc amplius affini, & debitori meo usuram pecuniæ, quam mihi debet, ab herede meo, donec vivet, exigi veto. Quod si exigere contra voluntatem meam putaverit, ejus sortis usuram eidem Titio, ab heredibus meis donec vivet præstari volo. Respondit* Scævola, *videri minutum legatum, quod primo dederat.*

Tertium est in *l. alimenta* 16. §. *Basilicæ ff. de alim. & cibar. leg. Basilicæ legata erant decem, ut, cum annorum viginti quinque esset, ei restituerentur cum usuris, ex quibus uteretur. Alio capite libertis, libertabusque cibaria, & vestiaria, & habitatio legata erant. Quæsitum fuit, an hæc quoque Basilicæ deberentur: responsum est, non*

deberi; legatum relictum. libertis libertabusque generale est, & comprehendit natura sua etiam personam Basilicæ: sed legatum in specie relictum Basilicæ, genus restringit ad alios libertos libertasque, & de eorum genere Basilica eximitur. Sed has duas leges luculenter exposuimus in superiore, ac propterea plura de his dicere supersedemus. Illud tamen admonendum est, quod legatum specialiter Basilicæ relictum eximit quidem illam e numero libertorum, quibus generaliter relicta sunt alimenta, eamque privat hoc generali legato: non tamen minuit hoc legatum, neque quicquam detrahit aliis libertis: quod semper evenit, cum agitur non de genere rerum legatarum, sed de genere personarum: persona enim, cui nominatim, & in specie legatum est, nihil detrahit illis, quibus legatum est in genere. Quod statutum est etiam in *l. verba* 5. *ff. de alim. vel cibar. leg.* ubi testator omnibus libertis suis cibaria legavit; & alio loco ita scripsit: *Prothymum, Polychronium, Hypatium commendo, ut & vobiscum sint, & cibaria præstetis, peto.* Non his solis, quos nominavit testator, & legato expresse honoravit, cibaria debentur, sed etiam omnibus aliis. Plura non addo. Nam in superiore hanc quoque legem copiose examinavimus, & accurate.

11 Quinta regula. *Species restringit genus, quoties utrumque conjunctim exprimitur in eadem oratione, ita ut alterum referatur.* Dixi fortasse obscurius, sed dicam planius, & id exemplis clarissimis illustrabo. Primum, & quidem singulare exemplum peto ex *l. ult. in fin. ff. de trit. vin. & ol. leg. Quod si ita legatum esset; vinum amphorarium, Aminæum, Græcum & dulcia omnia: nihil inter dulcia, nisi quod potionis fuisset, legatum putat Labeo, collatione vini amphorarii: quod non improbo.* Genus illud *dulcia omnia* continet tam poculenta, ut passum, defrutum, atque alia ejusmodi, quam esculenta, ut mel, ficus, caricas, & id genus cætera, quæ recensentur in eadem *l. in §. antecedenti.* Verum quia dulcia simul cum vinis legata sunt, & dulcia conferuntur cum vino, solum continentur in hoc legato dulcia poculenta, hoc est, mulsum, passum, defrutum, & similes potiones. Itaque si solummodo legata essent dulcia, continerentur tam potiones, quas modo diximus, quam uva, ficus, palmæ caricæ §. *cui dulcia ejusd. legis.* Adjectio igitur illa vini restringit legatum dulcium ad solas potiones, propter collationem dulcium cum vinis simul & conjunctim legatis. Et quod maxime animadvertendum est, illud restringit, etiamsi fuerit adjectum verbum universale: *omnia.*

Simile exemplum proponit Paulus in *l. quæsitum* 78. §. 1. *ff. de leg.* 3. *Argentum omne, & supellectilem, quodcumque habeo, tibi dono, & quidquid in fundo Semproniano habeo. Quæsitum est, an debeatur etiam argentum, & supellex, quæ alibi esset: & responsum est, non deberi, nisi legatarius probaverit, id placuisse testatori.* Hic quoque restringitur legatum ad argentum, & supellectilem, quam testator habet in fundo Semproniano, licet per verba universalia: *omne, & quodcumque habeo*, relicta essent. Nimirum mentio fundi Semproniani complectitur etiam argentum, & supellectilem, cum ea nobis indicet, testatorem cogitasse de his, quæ erant in fundo Semproniano, eaque donare voluisse.

Aliud exemplum non absimili nobis exhibet idem Paulus in *l. nam quod liquida* 4. §. *ult. ff. de pen. legat. Si ita legatum sit: omnem penum, præter vinum quod Romæ erit; sola penus, quæ Romæ est, legata videtur: & ita & Pomponius libro sexto ad Sabinum scribit.* Verba illa, *quod Romæ erit*: licet referantur ad vinum, tamen afficiunt totum legatum, & indicant, testatorem etiam de penu, quæ Romæ erit, cogitasse.

Hanc

Hanc impeditissimam obscurissimamque quæstionem per regulas, & exempla placuit explicare, ut me ad usum forensem, & Pragmaticorum intelligentiam accomodarem, qui plane dilucideque expediri, & membratim, & incise tractari controversias expetunt: fusam, tractamque, & excultam orationem aversantur.

## CAPUT XXV.

### *Ad L. Si servitus* 23. *ff. de Servit. urban. præd.*

### SUMMARIUM.

I *Affirmativæ opinionis fundamenta afferuntur ad n.* X.
XI *Negativa sententia probatur ad n.* XX.
XXI *Ea cum distinctione accipienda.*
XXII *Si disponens verbis utatur præsens tempus designantibus, futura non comprehenduntur.*
XXIII *Si absolute disponatur, nec ullum tempus demonstretur, futura non comprehenduntur.*
XXIV *Accessiones vero, quæ postea obvenerunt, comprehenduntur.*
XXV *Successores tales esse debent, quales testator voluit, tempore delatæ successionis.*
XXVI *Si verba usurpata futurum tempus demonstrent, dispositio ad futura extenditur.*
XXVII *Explicatur textus noster.*
XXVIII *Expenditur l. si scripsisset 46. ff. de leg. 2.*
XXIX *Si verba usurpata significent utrumque tempus, tam futura, quam præsentia continebuntur.*
XXX *Non semper obtinet regula, quod in testamentis tempus futurum non protenditur ultra mortem testatoris.*
XXXI *Vis verborum aliquando protendit dispositionem ad tempus futurum.*
XXXII *Res suas obligans, inducit hypothecam generalem tam in præsentibus, quam in futuris.*
XXXIII *Exponitur l. si mancipia 19. ff. de fund. instr. vel instr. leg.*

Consequens, ut examinemus, an generali sermone non solum præsentia, sed etiam futura comprehendantur. Et futura quoque comprehendi, suadere videtur Pomponii auctoritas in *l. si servitus* 23. *ff. de servit. urban. præd Quod si ita sit cautum, ne luminibus officiatur, ambigue est scriptum: utrum ne his luminibus officiatur, quæ nunc sunt, an etiam his, quæ postea quoque fuerint. Et humanius est, verbo generali omne lumen significari, sive in præsenti, sive quod post tempus conventionis contigerit.* Nihil clarius dici potest. 1

Secundo videtur id confirmari in *l.* 4. *& 5. ff. de liber. & post.* Cum maritus posthumum heredem scribit, non utique solus posthumus scriptus videtur, qui ex ea, quam habet uxorem, ei natus est, vel is, qui tunc in utero est, verum is quoque, qui ex quacunque uxore nascatur. Ideoque qui posthumum heredem instituit, si post testamentum factum, mutavit matrimonium, is institutus videtur, qui ex posteriore matrimonio natus est. 2

Tertio id apertissime sanxit Justinianus in *l. ult. C. quæ res pign. oblig.* Initio legis statuit, ut si quis fide, & periculo rerum ad se pertinentium satis fieri creditori suo promiserit: sufficere ea verba tam ad rerum earum, quas in præsenti debitor habet, quam futurarum hypothecam. Et in fine subdit: *si res suas supponere debitor dixerit, non adjecto, tam præsentes, quam futuras, jus tamen generalis hypothecæ etiam ad futuras res producatur.* 3

Quarto idem Paulus respondit in legato in *l. si mancipia* 19. *in princ. ff. de instruct. vel instrum. legato*: ubi si testator legaverit fundum cum mancipiis, quæ tunc ibi essent, cum legaret: tamen debentur etiam mancipia, quæ postea a testatore inducta fundi colendi gratia, in eodem fundo fuerint: quia 4

non minuendi, sed augendi legati eausa mancipiorum quoque fecit mentionem. Qua in lege illud maxime dignum est animadversione, quod futura mancipia, hoc est, quæ postea inducta fuerint, legato comprehenduntur, etiamsi testator non solum verbo præsentis temporis usus fuerit: sed etiam expresserit, ea mancipia se legare, quæ tunc ibi essent, eum legaret.

5 Quinto accedit auctoritas Ulpiani in *l. si cognatis* 19. *in princ. ff. de reb. dub.* ubi de legato relicto cognatis scribit, *Certe si quis testamenti facti tempore cognatus non fuerit, mortis tempore factus est per adrogationem; facilius legatum consequetur.*

6 Sexto Papinianus in *l. cum pater* 77. §. *fidei tuæ* 12. *ff. de leg.* 2. *Fidei tuæ committo, uxor, ut restituas filiæ meæ, cum morieris, quidquid ad te de bonis meis pervenerit; etiam ea, quæ postea codicillis uxori dedit, fideicommisso continebuntur. Nam ordo scripturæ non impedit causam juris, ac voluntatis.*

7 Septimo in *l. si scripsisset* 46. *ff. de leg.* 2. *Si scripsisset, qui legabat: quicquid mihi Lucium Titium dare, facere oportet, Sempronio lega: nec adjecit, præsens in diemve, non dubitarem, quantum ad verborum significationem attineret, quin ea pecunia comprehensa non esset, cujus dies moriente eo, qui testamentum fecisset, nondum venisset.* Ergo etiam id, quod post testamentum conditum debere coepit Lucius Titius, dummodo ante mortem testatoris debere coeperit existente die, continebitur legato.

8 Octavo Marcianus in *l. si ita fuerit* 9. *ff de leg.* 3. ait, quod verba illa: *ad quemcumque ex testamento meo vel ab intestato*: item illa: *ad quemcumque quoquo jure bona mea pervenient*; comprehendunt etiam eum, qui postea natus erit, & in familiam venerit, & qui postea cognatus esse ceperit; & quæ postea nupta erit.

Nono Scævola in *l. nomen* 34. *in princ ff de leg.* 3. proponit a testatore legatos decem aureos, quos hæredes Gaji ipsi debebant: & respondet non solum decem aureos legato contineri, sed omne debitum, hoc est, etiam usuras, quæ debito accesserunt. Idem respondit in *l. ult.* §. *Gajo Sejo ff. de liber. leg.* Ubi si testator legaverit Sejo, quicquid sibi ab eo debetur, videtur Sejo omnis obligatio ejus debiti legata, etiam si quid postea usurarum nomine accesserit. Non absimile est quod tradit Ulpianus in *l. denique* 8. §. *ult. ff. de pecul. leg.* Ubi legato peculio, etiam incrementa ex rebus peculiaribus, ut partus ancillarum, foetus pecorum legato continentur. 9

Postremo idem Scævola in *l. pen. in princ. ff. de leg.* 3. Ubi proponit a testatore legata fuisse lateralia viatoria, & quicquid in his conditum esset, quæ membranulis sua manu scriptis continebuntur, quæ non fuerint exacta, cum morietur. Testator in urbem profecturus chirographa debitorum, & pecuniam in lateralibus condidit: sed pecuniam postea erogavit, & chirographa exegit, & reversus in patriam post biennium alia Chirographa, & pecuniam in lateralibus condidit. Quæsitum est, an ea uxori deberentur. Respondit non deberi, nisi quæ tempore mortis in his lateralibus essent, & membranis manu ejus scriptis continerentur. Sed quia in Pandectis Florentinis, aliisque Codicibus manuscriptis legitur: *non deberi quæ mortis tempore in his lateralibus essent*: idcirco non potest in hac lege firmum statui fundamentum. 10 11

Contraria sententia veritati propius accedit: & primo probatur ex *l. cum stipulamur* 125. *ff. de V. O Cum stipulamur quicquid te dare facere oportet, nihil aliud in stipulationem deducitur, quam quod præsenti die debetur: hoc enim solum hæc stipulatio demonstrat.* Et in *l. si a colono* 89. *ff. eodem.* Ubi 12

Ubi similis stipulatio proponitur, idemque deciditur, addita ratione his verbis: *non amplius in stipulationem deducitur, quam quod jam dari oportet*: si autem adjiciatur, *oportebitve*, etiam futura obligatio deducitur.

12 Secundo probatur ex *l. medico ult. in princ. ff. de aur. & arg. leg.* Ibi Scævola: *Medico suo contubernali, & communium expeditionum comiti inter cætera ita legaverat: argentum viatoriam meum dari volo: Quæsitum est, cum paterfam. in diversis temporibus reip. causa abfuerat, quod viatorium argentum hoc legato comprehensum esse videtur? Respondit, quod habuisset argentum viatorium eo tempore, cum testamentum faciebat, deberi.*

13 Tertio ex *l. 2. ff. eod.* Ibi Africanus: *Qui tibi manduverat, ut ornamenta in usum uxoris suæ emeres eidem uxori (uti adsolet) legavit; quæ ejus causa parata erunt. Tu deinde post mortem mandatoris, ignorans eum decessisse, emisti. Non debebuntur mulieri, quoniam ea verba ad mortis tempus referuntur.* Ideo autem ad mortis tempus referuntur ea verba, quia in futurum concepta erant: *quæ ejus causa parata erunt.* Cæterum si in futurum concepta non fuissent, tempus conditi testamenti spectandum esset, ut in superiori lege, & in *l. si ita esset 7. ff. de aur. & arg. leg.* ubi si quis legaverit, vestem meam, argentum meum, servos meos: legata videntur ea, quæ habuit testamenti tempore: quia præsens tempus semper intelligeretur, si aliud comprehensum non esset.

14 Quarto ex *l. testatorem 68. §. prædiis ult ff. de leg. 3. Prædiis cum his entheeis, quæ in ea possessione sunt, relictis, mancipia quoque prædiorum, cum illic testamenti facti tempore fuerunt, cedent: sed & quæ postea accesserunt, si modo hoc testator manifeste expressit.* Ex hac, & superiori lege constat, futura non contineri, nisi hoc testator expresserit.

Quinto elegans exemplum proponitur 15 a Scævola in *l. uxorem 41. §. testamento ff. de leg. 3. Testamento pueros ita legaverat: Publio Mævio dominulo meo ab heredibus meis dari volo pueros quinque ex meis dumtaxat intra annos septem: Post annos complures, moritur; cujus ætatis Mævio mancipia debeantur: utrumne quæ testamenti facti tempore intra septem annos fuerunt: an quæ mortis tempore intra eam ætatem inveniantur? Respondit, eam videri ætatem designatam, quæ esset, cum a testatore relinquerentur.*

Sexto simile fere exemplum in venditione proponit Proculus in *l. Rutilia* 16 *Polla 69. ff. de contr. empt. Rutilia Polla emit lacum Sabatenem angularium, & circa eum lacum pedes decem. Quæro, numquid & decem pedes, qui tunc accesserunt, sub aqua sint, quia lacus crevit, an proximi pedes decem ab aquâ Rutiliæ Pollæ juris sint? Proculus respondit: Ego existimo eatenus lacum, quem emit Rutilia Polla, venisse, quatenus tunc fuit, & circa eum decem pedes, qui tunc fuerunt: nec ob eam rem, quod lacus postea crevit, latius eum possidere debet, quam emit.* Singularis est hæc Proculi decisio, eaque mihi præsto fuit, cum in gravissima causa consulerer.

Septimo idem traditum est a Scævo- 17 la in *l. nomen 34. §. 1. ff. de leg. 3.* Testator filio per præceptionem legavit nomina ex calendario viginti, quæ ipse elegerit. Eidem filio pater omnium rerum suarum administrationem permisit, qui post factum testamentum amplarum pecuniarum debitores fecit, ut tota fere substantia calendarii viginti nominibus contineretur. Quæsitum fuit, an huic filio eorum nominum, quæ ipse fecit, præceptio permittenda sit. Respondit Scævola, ex his electionem habere, quæ testamenti tempore testator in calendario habuit. Sed, ut verum fatear, non

satis

satis probat hæc lex, quia legatarii dolus intervenerat, qui in calendarium retulerat amplissimas summas contra consuetudinem patris, ad hoc, ut prope omnis substantia calendarii viginti nominibus absorberetur, & hoc præcipue considerandum in proposito legato, quia in eo testator adjecerat illa verba: *sine dolo malo*.

18 Octavo id probari potest ejusdem Scævolæ auctoritate in *l. ult.* §. *ult. ff. de liberat. leg.* Testator Sejo legavit, quicquid aut chirographis, aut rationibus debitor esset, vel quicquid a se mutuum accepit, vel fidem suam pro eo obligavit. Postea novatione facta, & ampliata summa, quæsitum fuit, an hac summa ampliata liberandus sit ab heredibus, an tantum eo, quod ex vetere contractu debebat? respondit Scævola, id dumtaxat legatum videri, quod tunc debuisset, si tamen mansit in ea voluntate testator, in qua tunc fuisset. Mens igitur testatoris legantis ea est, ut leget id, quod est de præsenti, nisi voluntatem postea mutet, idque declaret verbis, aut facto manifesto. Novationem enim factam de debito, quod in testamento remiserat testator, non judicat Scævola sufficiens argumentum mutatæ voluntatis, quod animadvertere debent judices, qui sæpe numero levibus conjecturis huc illuc impelluntur; nec solum novatum erat debitum, sed etiam erat ampliata summa.

19 Nono huic opinioni consentaneum est, quod traditum est a Juliano in *l. in substitutione* 31. *ff. de vulg.* in qua testator filio ita substituerat. *Quisquis mihi ex supra scriptis heres erit, idem filio heres esto.* Quidam heres fuit a morte testatoris, postea per querelam inofficiosi heres esse desiit, antequam locus fieret substitutioni, hoc est, adhuc vivo pupillo, cui erat substitutus. Respondit Julianus: *Futurum tamen eum heredem ex substitutione creditum est.* Quod si testator ita substitueret: *Si Lucius filius meus impubes decesserit, neque mihi Cajus filius heres erit, tunc Sejus heres esto*: idem respondit; *ita prudentes hoc interpretati sunt, ut ad impuberis mortem conditio substitutionis esset referenda.* Ex his colligitur, quod verba illa generalia: *quisquis mihi heres erit*: licet in futurum concepta, tamen de præsenti sunt intelligenda, & ad tempus mortis testatoris sunt referenda: nisi substitutio sit particularis, & adjecta particula *tum*, aut *tunc*, quæ extremitatem temporis designat *l.* 4. *in fin. ff. de cond. & dem.*

Ultimo afferri potest Scævolæ responsum in *l. pen. in princ. ff. de legat* 3. quod & pro contraria sententia attulimus secundum eos, qui legunt: *nisi quæ mortis tempore in his lateralibus essent.* Sed quia in Pandectis Florentinis & aliis manuscriptis, ut ibi indicavimus, legitur: *non deberi, quæ mortis tempore in his lateralibus essent*: juxta hanc lectionem optime videtur probare, legato illo generali futura non comprehendi. Sed dubitari merito potest de hac lectione. Primo, quia testator futurum tempus demonstravit, & tempus mortis in mente habuit: ibi: *quicquid in his conditum erit, quæ membranulis mea manu scriptis continebuntur, nec ea sint exacta, cum moriar*, &c. Præterea quia quæstio proponitur, an ea etiam legata videantur, quæ condita erant tempore testamenti, an vero ea tantum, quæ tempore mortis: hæc enim contineri pro certo supponebatur, de illis dubitabatur. Denique non videtur dubitari, quod emptiones prædiorum, hoc est, earum instrumenta contineantur: sed solum in quæstionem vocatur, an debeantur etiam ipsa prædia empta. Et ad hanc quæstionem respondet Scævola, quod non apparet, quid de prædiis senserit testator; quod si ea mente emptiones ibi habuit, ut prædia quoque præstari vellet, ea quoque deberi. Si non dubitatur de instrumentis; si prædia quoque debentur conditis emptionibus eo animo, ut ad se

se trahant proprietatem prædiorum, de quibus testator nihil nominatim disposuerat: multo magis debebuntur chirographa & pecunia, quæ a testatore fuerunt expresse legata.

Verumtamen, ut dicam, quod sentio, neutra sententia hoc responso probatur. Non prima, etiamsi legas *nisi quæ &c.* quia futura legato comprehenduntur ex vi verborum futurum tempus significantium, non autem ex vi generalis legati. Non secunda, quia etiam admissa Pandectarum Florentinarum lectione, non quæritur in ea lege, an contineantur legato ea, quæ condita erant tempore facti testamenti. Imo Scævola declarat chirographa, & pecuniam post factum testamentum in lateralibus a testatore condita fuisse, cum in urbem esset profecturus. Ac ne de his quidem quæstio esse poterat, quia chirographa exegerat, & pecuniam erogaverat: legata autem erant solum ea, quæ non fuissent exacta, cum moreretur. Itaque illud tantummodo in quæstione versabatur, utrum legato comprehenderentur ea, quæ primo in lateralibus condita fuerant, an quæ secundo, & tempore mortis in lateralibus inventa fuerunt. Et de primis non respondit Scævola. Pro certo enim habet, ea non deberi, sed solum de secundis.

21 Nihilominus tamen eo inclinat mea sententia, futura generali sermone non contineri. Quæ tamen cum distinctione est accipienda. Aut enim per verba præsentis temporis quis disposuit: aut simpliciter & absolute: aut adhibuit verba futurum tempus significantia: aut utrisque tum præsens, tum futurum tempus designantibus usus est.

22 Si verbis præsentis temporis usus est, procul dubio futura non comprehenduntur, ut optime monet Scævola in *l. scribit* 34. §. *item scribit*, *ff. de aur. & arg. leg.* Si maritus uxori, cum haberet quinque pondo auri, legasset ita: *aurum, quodcumque uxoris causa paratum esset, uti heres uxori daret:* etiamsi libra auri inde venisset, & mortis tempore amplius quam quatuor libræ non deprehenderentur; in totas quinque libras heredem esse obligatum, quoniam articulus *est* præsentis temporis demonstrationem in se continens. Id autem multo certius dicendum est, si verba præteriti temporis testator usurpaverit, ut monet Scævola in *l. Aurelius* 28. §. *Titius* 2. *ff. de liberat. leg.* Ibi: *respondit, cum in præteritum tempus verba collata proponerentur, non esse posterius credendum legatum.* Idque etiam notatur in *l. creditor* 31. *in princ.* versic. *idem repetiit ff. eod.* itemque traditur ab eodem Scævola in *l. uxori* 35. §. 1. *ff. de leg.* 3. Quantum autem attinet ad verba præsentis temporis, supra proposita sunt exempla in *l. cum stipulamur* 125. *ff. de V. O.* in *l. testatorem* 67. §. *prædiis ff. de leg.* 3. in *l. ult.* §. *ult. ff. de liberat. leg.*

Quod si simpliciter & absolute quis 23 disposuerit neque præsens, neque futurum tempus demonstrans, tunc pariter præsentia, non autem futura dispositione comprehendentur. Exempla attulimus supra, cum hanc sententiam argumentis confirmavimus, deprompta ex *l. medico ult. in princ. ff. de auro & arg. leg.* in *l. si ita esset* 7. *ff. eodem*, in *l. uxorem* 41. §. *testamento ff. de leg.* 3. in *l. Rutilia Polla* 69. *ff. de contr. empt.* in *l. ult.* §. *ult. ff. de liber. leg.* in *l. in substitutione ff. de vulg.* quæ hic repetere operæ pretium non est.

Illud tamen animadvertendum est, 24 quod licet futura non contineantur, tamen debentur accessiones, quæ postea obvenerunt, ut usuræ, si legatum sit quicquid debetur *l. ult.* §. *Cajo Sejo ff. de liberat. leg.* Sic etiam legato peculio, debentur incrementa, quæ ex rebus peculiaribus obvenerunt, ut partus ancillarum, & foetus pecorum, *l. denique* 8. §. *ult. ff. de pecul. leg.* Imo etsi legatum sit particulare, ut si legetur no-

nomen debitoris, non sola sors, sed etiam usuræ, quæ postea accesserunt, legato continentur, quia tota obligatio legata videtur, *l. nomen* 34. *in princ. ff. de legat.* 3. Hinc manifestum est, usuras, & reliqua accessoria legato contineri non propter generalem sermonem, sed propter propriam naturam accessionis, quæ causam principalem sequitur, *l. cum principalis* 178. *ff. de R. J.*

25 Hujus regulæ alia quoque est exceptio in personis, quæ succedere debent. Cum enim successio non deferatur statim condito testamento, sed post mortem testatoris, sufficit eum, qui succedere debet, ejusmodi esse, cujusmodi eum voluit esse testator, quando ei deferetur successio: hoc enim tempus videtur spectasse, & in mente habuisse testator, & ad hoc tempus retulisse suam dispositionem. Qua posita exceptione plura argumenta contraria penitus enervantur: videlicet secundum, quintum, & octavum. Nam in secundo deprompto ex *l.* 4. *&* 5. *ff. de liber. & post.* agitur de posthumo herede instituto: sufficit autem, eum quandocumque nasci, & ex quacumque uxore, ut ad eum successio deferatur ex institutione. In quinto deducto ex *l. si cognatis* 19. *in princ. ff. de reb. dub.* agitur de legato relicto cognatis, quod debetur non solum cognatis, qui cognati erant tempore facti testamenti, etiamsi cognati esse desierint; sed etiam iis, qui postea facti sunt cognati, & tales sunt tempore mortis. Neque enim testator solummodo respicit tempus mortis, sed etiam facti testamenti, quod & in posthumis dicendum, si posthumus jam natus fuerit ignorante testatore. Totum igitur tempus spectandum est, sed hac de re alias dicemus uberius. Simile est id, quod proponitur in octavo argumento decerpto ex *l. si ita legaverit* 9. *ff. de leg.* 3. Hic autem agitur da herede, a quo relictum est fideicommissum: cum in superiore agatur de eo, cui relictum est: sed eadem utrobique ratio.

26 Si autem is, qui disposuit, usus fit verbis, futurum tempus demonstrantibus, utique & ad futura extendetur dispositio. Quo pertinent exempla ad probandam primam opinionem adducta, ut in *l. cum pater* §. *fidei tuæ ff. de leg.* 2. Nam ibi adjecta erant verba: *cum morieris, & quicquid ad te quoque nomine de bonis meis pervenerit*: quæ non præsens, sed futurum tempus demonstrant.

Hac etiam referri potest *l. si servitus* 23. *ff. de servitut. urb præd.* quam primo loco attulimus pro contraria sententia. Nam verba illa: *luminibus ne officiatur*: tractum temporis continent, & quidem infinitum. Quamobrem si nova lumina aperuerit, eaque vicinus obscuraverit, semper verum est, eum offecisse luminibus, adeoque contra conventionem fecisse. Verumtamen quia potest respondere: non offeci luminibus, quæ tunc erant, cum inita fuit stipulatio; idcirco ait Pomponius, ambiguam esse scripturam. Quia tamen duæ solent esse formulæ cavendi, ne luminibus officiatur; altera, quæ initio legis proponitur; *lumina quæ nunc sunt, ut ita sint*: quæ præsentia tantum lumina continet; cum hac priori formula particulari non sint usi contrahentes, sed alteram generalem elegerint: existimavit Pomponius, eos voluisse non solum de præsentibus, sed etiam de futuris luminibus cavere. Non absimile exemplum habemus in eo, qui stipulatur, quicquid te dare facere oportet. Hic etiam duæ sunt formulæ, altera, quæ ad præsens refertur: altera, quæ ad futurum. Si dixerit stipulator, *quicquid te dare facere oportet*: solum præsens debitum comprehendit, adeo ut nec debitum quidem in diem comprehendatur, *l. si a colono* 89. *& l. cum stipulamur* 125. *ff. de V. O. l. si scripsisses* 46. *ff. de leg.* 2. licet id, quod in diem debetur, vere etiam nunc debeatur, quia ex stipula-

Digitized by Google

latione in diem statim nascitur obligatio §. *omnis inst. tit. de V. O. l. cedere diem* 213. *ff. de V. S.* Veruntamen cum non debeat cum effectu, quia ante diem nihil peti potest, dicitur eum debiturum, in *l.* 1. §. 1. *ff. de cond. & dem.* adeoque qui vult comprehendere etiam debitum futurum, uti debet alia formula, quæ in hac re prodita est a veteribus: *oportet oportebitve*: vel *præsens in diemve, l. si stipulatus fuerim* 76. §. 1. *ff. de V. O.* & si hac formula non utatur, sed altera, *oportet*, præsumitur eum noluisse futura comprehendere; neque enim vere dici potest, eum dare oportere, qui adstringi non potest ad solvendum. Sed ut ad propositum revertamur, sic concludo: Qui rejecta formula illa: *lumina uti nunc sunt, ita sint*, quæ præsentia lumina designat: alteram generalem eligit, *luminibus ne officiatur*, quæ potest etiam futura comprehendere, id fecisse creditur, ut etiam de futuris luminibus sibi caveret. Observandum tamen est, quod hæc interpretatio humanitatis causa recepta est, Ibi: *Humanius est verbo generali omne lumen significari*. Non ex eo respondit Pomponius cautum fuisse etiam de futuris luminibus, quod regula constitueret, in dispositione generali etiam futura comprehendi: sed id humanitate suggerente, cum verba non repugnarent, humanitatem & æquitatem, non regulam juris sequutus est Pomponius. Atque hoc Ulpiano familiare erat. Ipse enim in *l.* 4. §. 1. *ff. de in jus voc.* explicans edictum Prætoris, quo quis parentem sine ejus jussu in jus vocare prohibetur, quærit, an id de omnibus parentibus etiam ultra tritavum sit intelligendum? & refert sententiam veterum, qui existimabant, superiores ultra tritavum dici majores, non parentes. Ulpianus tamen sequitur Cassii sententiam, quod parentes in infinitum dicantur: quia ut ipse ait, *honestius est, & merito obtinuit*. Idem in *l. vel quod* 6. *verf. exheredatis ff. de relig. & sumpt. fun.* interpretans pariter edictum prætoris de mortuo inferendo, ait: *Exheredatis autem humanitatis gratia tantum sepeliri, non etiam alios præter suam posteritatem inferre licet.* Idem in *l.* 1. §. *qui operas ff. ad S. C. Tertyll. Qui operas suas, ut cum bestiis pugnaret, locavit: quive rei capitalis damnatus, neque restitutus est, S. C. Orphitiano ad matris hereditatem non admittebatur, sed humana interpretatione placuit eum admitti.* Idem in *l. non tantum ff. de appell. Credo enim humanitatis ratione omnem provocantem audiri debere.* Quod igitur humana interpretatione admittitur, regulis juris non est omnino consentaneum, *l. si fundus* 16. §. *si plures ff. de pignor.*

Antequam alio progrediamur, respondendum est septimo argumento, desumpto ex *l. si scripsisset* 46. *ff. de leg.* 2. Quod in diem debetur, jam debitum est, & ideo vere præsens est debitum, licet sit sine effectu, quia actio, quæ ex eo nascitur, nondum habet vim exactionis, ut modo dicebamus. Itaque in stipulationibus, quæ momento perficiuntur, futura non continentur in illa formula: *quicquid te dare, facere oportet.* Nam verbum illud *oportet* necessitatem continet. Quamvis enim Quinctilianus *inst. orat. lib.* 11. *cap.* 1. contra sentiat: *non oporteret modo fieri, sed etiam necesse esset*: tamen cum verbum *oportere* ad obligationem referatur, eamdem necessitatem continet, quam ipsa obligatio, quæ ad solvendum necessitate adstringit, *princ. tit. instit. de obligat. l.* 3. *in princ. ff. de oblig.* Quamobrem cum alia similis formula in usu esset: *oportet, oportebitve*, aut: *præsens in diemve l. si ita stipulatus fuerim* 76. *in fin., l. si a colono* 89. *l. cum stipulamur* 125. *de V. O.* eaque non fuerit usus, sed altera uti maluerit, quæ præsens tempus demonstrat, creditur, eum noluisse comprehendere futurum debitum, 28

ne illud quidem, quod in præsens nullam necessitatem solvendi continet, licet nata sit obligatio. At vero in iis actibus, qui momento non perficiuntur, ut sunt judicia, stipulationes prætoriæ, & quæ sunt instar actionis, verbum *oportet* etiam futura complectitur, quæ a præsentibus originem & causam habent. *l. si stipulatus* 76. §. 1. *ff. de V. O. l.* 1. §. *bellissime ff. ut legat. nom. cav.* Et ideo satisdatio legatorum etiam de præsenti legato locum habet, quia nonnullas moras exercitio judicii habet, *l. etiam ff. eodem.* Ea quoque, quæ in testamento relinquuntur, tractum temporis habent usque ad mortem testatoris, quo tempore incipiunt vim habere, & necessitatem solvendi continere; neque eo momento perficiuntur; quo testator testamentum condit, sicut perficitur stipulatio eo momento, quo celebratur. Quapropter & in legato non solum spectamus momentum conditi testamenti, sed etiam diem mortis, cum dies legati cedit, & incipit deberi legatum, *l. si scripsisset* 46. *ff. de leg.* 2. Differt judicium a stipulatione, *l. si stipulatus fuerim* 76. §. 1. *ff. de V. O.* Differt etiam legatum a stipulatione, & in hoc convenit cum judicio. Ut enim judicium incipit a litis contestatione, *l.* 1. *C. de lit. cont.* & judicio contrahitur obligatio, *l.* 3. §. *idem scribit ff. de pecul.* fit enim per judicium novatio necessaria *l. aliam* 29. *ff. de novat.* Ita & legatum incipit deberi a die mortis. Quemadmodum enim si quis petierit, quicquid Lucium Titium dare oportet, in judicium veniet etiam debitum in diem, si dies extiterit ante litem contestatam: ita & in simili legato continetur debitum in diem, si dies extiterit ante mortem testatoris.

29 Postremo si is, qui disposuit, usus fuerit verbis utrumque tempus significantibus, tam præsens, quam futurum, certe tam præsentia, quam futura continebuntur. Ut, puta, si quis stipuletur *quicquid te facere oportet, oportebitve:* vel *in præsens, in diemve l. si stipulatus fuerim* 76. *l. si in colono* 89. *l. cum stipulamur* 125. *ff. de V. O.* Itaque Gallus Aquilius formulam Aquilianæ stipulationis ita exposuit: *quicquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet, oportebitve, præsens, in diemve, quarumque rerum mihi tecum actio, quæque adversus te petitio, vel adversus te persecutio est, eritve, &c.* Aut si quis legaverit: *quicquid mihi Lucium Titium dare facere oportet præsens in diemve l. si scripsisset* 46. *ff. de leg.* 2. In testamentis tamen futurum tempus non protenditur ultra mortem testatoris, *l.* 2. & *l.* 5. *ff. de aur. & arg. leg.* Comprehendit tamen etiam præsentia: hoc est, ea quæ erant tempore conditi testamenti, ut in *l. in substitutione* 31. *ff. de vulg. & pupill.* quia futurum aliquando comprehendit etiam præteritum: itaque licet proprie referatur ad tempus mortis, tamen & præteritum complectitur, nempe totum tempus a die mortis retro usque ad tempus conditi testamenti *l. verbum erit* 123. *ff. de V. S. l. si uxori* 39. §. *ult. ff. de aur. & arg. leg.*

Quod autem diximus in testamentis 30
futurum tempus non protendi ultra mortem testatoris, eam habet exceptionem, si tempore conditi testamenti nondum causam, & originem nactus erat. Etenim si quis legaverit, quicquid Sejus dare facere oportet, *præsens in diemve* debebitur, & legato continebitur, etiam debitum in diem, quamvis dies extiterit post mortem testatoris: quia jam tempore testamenti nata erat obligatio, itaque habet causam & originem a die testamenti *l. si scripsisset* 46. *in fin. ff. de leg.* 2. Sic, grege legato, & quæ postea accedunt, legato continentur *l. grege legato* 21. *ff. de leg.* 1. quia grex erat in rerum natura etiam tempore conditi testamenti. Quemadmodum si servus legatus aliquid post mortem testato-

ris

ris acquisiverit, legato continebitur, *l. si tibi homo* 86 §. *cum servus ff. de leg.* 1. Sed de his alias.

31 Nunc monendum est, quod aliquando, etiamsi testator non fuerit usus verbo futuri temporis, tamen vis ipsa verborum ad futurum tempus protenditur, ut in *l. filiam* 16. *ff. de aur. & arg. leg.* Imo aliquando & tempus antecedens, ut in *l. Publius* 36. *in princ ff. de cond. & dem.*

32 Superest, ut ad alia duo argumenta contrariæ sententiæ respondeamus, nempe ad tertium & quartum. In tertio id habetur. Qui res suas pignori opponit, etiamsi non declaret, se tam præsentes quam futuras obligare, jus tamen generalis hypothecæ etiam ad futuras producitur, *l. ult. C. quæres pignor.*

Respondetur, id propter communem usum ac morem fuisse a Justiniano recte constitutum. Solebant enim in generali hypotheca debitores expresse obligare res, quas habebant, & quas postea forent acquisituri, *l. & quæ nondum* 15. §. 1. *ff. de pignor. l. ult. C. de remiss. pignor.* Ibi: *propter verbum futurarum rerum, quod in generalibus hypothecis poni solitum est.* Quæ autem sunt moris & consuetudinis, etiamsi cauta non fuerint, tamen pro cautis habentur, *l. quod si nolit* §. *quia assidua ff. de ædil. edict. l. ult. C. de fidejussor. in princ.* ibi: *invenimus enim & in fidejussorum cautionibus plerumque ex pacto hujusmodi causæ esse prospectum*, & in fine. Ibi: *Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur, & in usu quotidiano semper hoc versari aspicimus, quare non ipsa legum auctoritate hoc permittatur.* Hæc eadem ratio adduxit Justinianum ad statuendum, generalem hypothecam etiam ad bona futura produci. Utraque enim lex est ejusdem Justiniani.

Ad quartum depromptum ex *l. si mancipia* 19. *in princ. ff. de fund. inst.* facile respondetur, quod mancipia, quæ postea testator in fundum induxit, non continentur legato mancipiorum, sed legato instrumenti. Testator legaverat fundum cum instrumento, & mancipiis, quæ tunc ibi essent. Mancipia, quæ post conditum testamentum in fundum ejus colendi gratia induxit, non possunt contineri legato mancipiorum, quia hoc comprehendit solum ea mancipia, quæ erant tempore facti testamenti, ut testator expresse declaravit, *l. testatorem* 67. §. *ult. ff. de leg.* 3. *l. ult.* §. *pen. & ult. ff. de lib. leg.* Continentur autem legato instrumenti: quia, cum instrumentum sit genus plura complectens, habet diminutionem & incrementum etiam post conditum testamentum, *l. Lucius Titius penult. ff. eodem*, sicut legatum peculii *l. denique* 8. §. *ult. ff. de pecul. leg.* legatum gregis *l. si grege legato* 22. *ff. de leg.* 1. Et hanc fuisse mentem JC. ipse explicat illis verbis: *Cæterum instrumento fundi mancipia quoque colendi agri causa inducta contineri, non ambigitur.* Quæ autem a JC. in hac lege proposita, non ea erat, an continerentur legato mancipiorum etiam mancipia postea inducta; de hoc enim nulla poterat existere controversia, cum testator aperte declaraverit, se legare mancipia, quæ tunc essent in fundo. Erat igitur quæstio, an testator legando mancipia voluisset minuere legatum instrumenti, ita ut non comprehenderet omnia mancipia, quæ in fundo deprehenderentur tempore mortis, ut fert natura hujus legati, d. *l. penult. ff. eodem.* sed solum ea, quæ ibi erant tempore testamenti. Et respondit Paulus, mancipia legato instrumenti adjecta fuisse non ejus minuendi, sed potius augendi causa, qua de re copiose diximus alias ad *l. quæsitum* 12. §. *si quis fundum penuit. ff. eodem.* Ubi Ulpianus eamdem regulam statuit. Illud tantummodo monendum, quod licet testator declaraverit, se relinquere, quæ mancipia tunc in fundo essent, cum legaret;

ret; tamen hæc restrictio non afficit legatum instrumenti, cujus pars sunt mancipia ad colendum agrum comparata. Nimirum quia, cum quidam dubitarent olim, an instrumentum contineret etiam mancipia secundum Alpheni opinionem, qui nihil animalis instrumenti esse opinabatur, mancipia exprimebant, ut clarius significarent voluntatem suam, & legatum augerent, *l. quæsitum* §. *Alphenus ff. eod.* Itaque quod adjectum est ad augendum instrumenti legatum non debet nostra interpretatione ad ipsum minuendum produci, quod nulla juris ratio patitur *l. nulla juris* 25. *ff. de legib.*

## CAPUT XXVI.

### *Ad L. Liberorum* 220. *ff. de verb. significat.*

### SUMMARIUM.

I *Descendentium appellatione qui contineantur? magna disceptatio.*

II *Liberorum appellatione continentur tam masculi, quam feminæ ab eodem Stipite descendentes.*

III *Posterorum eadem fere significatio.*

IV *Vocatis descendentibus masculis, feminas ex masculis descendentes plerique putant succedere.*

V *Eorum opinio falsa tam ad normam Latinitatis, quam ad normam juris & n.* VI.

VII *Descendentes virilis sexus male a nostris confunduntur cum descendentibus ex virili sexu.*

VIII *In usu juris distincti. Nonnulla de lege Voconia.*

IX *Expenditur l. Gallus* 29. §. *nunc de lege* 11. *ff. de liber. & post.*

X *Feminæ* feminini sexus personæ, *& masculi* masculini sexus personæ *a Justiniano vocantur. & n.* XI. XIII. XIV.

XII *Item ab Ulpiano.*

XV *Responditur contrariis.*

Quid sonet hæc vox *descendentium*, 1
quive hac appellatione comprehendantur, magna est inter nostros, ac præsertim in foro disceptatio: Tota contentio in verbi controversia posita. Hanc ut potero breviter attingam. Primum autem operæ pretium est admonere, eos, quos hodie descendentes dicimus, veteres Jurisconsultos liberos appellasse. Descendentes enim nunquam fere sine aliquo adjuncto nominabant, nisi cum eos ad parentes, & ascendentes referebant, quia hac voce tamquam participio, non tamquam nomine utebantur. Itaque dicebant: descendentes ex feminino sexu, ut in *l. cognoscere* 56. *in fin. ff. de V. S.* hoc est, ex parentibus feminini sexus: descendentes per virilem sexum *l.* 3. *in princ. ff. de injust. rupt.* descendentes ex virili sexu *l.* 1. *ff. de Carbon. ed.* descendentes ex familia *l.* 2. *C. quib. ad libert. procl.* Hodie contra nunquam fere liberi nominantur, sed fere semper descendentes. Neque hoc sine exemplo. Nam & apud veteres linguæ latinæ auctores verbum adolescentis de participio transivit in nomen.

Liberorum igitur appellatione conti- 2
nentur omnes, qui ab eodem stipite descendunt in infinitum *l. liberorum* 220. *ff. de V. S.* tam masculi, quam feminæ: tam ex masculis, quam ex feminis descendentes *l. cognoscere* 56. §. 1. *ff. eodem l.* 1. *juncta l. nam & his* 5. *ff. de inoff. testam. l.* 1. *C. de condit. insert. l. jubemus* §. *fin autem. juncto princ. legis.* Ioi; *sine liberis decesserit. C. ad S. C. Trebell.* Et hoc probat evidenter Ulpiani interpretatio edicti Prætoris in *l.* 1. §. 1. *ff. de legat. præst.* ubi explicans edictum prætoris, quo jubet eos, qui rescindunt patris judicium per bonorum possessionem contra tabulas, legata præstare liberis & parentibus; hæc verba ita interpretatur. *Generaliter autem parentes, & liberos prætor excepit: nec gradus liberorum, parentumve enumeravit: in infinitum igitur*

*tur eis praestabitur. Sed nec personas prosequutus est, utrum ex virili sexu, an ex feminino descendant. Quisquis igitur ex liberis, parentibusve fuerit, ad legati petitionem admittetur, sed ita demum, si jura cognationis sunt inter eos.* Deinde fundit etiam in adoptionem datos, imo & adoptivos, dummodo maneant liberi, edicto contineri. Posthumi etiam liberorum appellatione continentur *l. is cui* 18. *ff. qu. de leg ced. l. Sed etsi* 20. *ad S. C. Trebell.*

3 Eadem fere est significatio *posterorum*, cum hæc vox comprehendat omnes, qui postea venturi sunt. Modestinus in *l. quod his verbis* 83 §. *ult. ff. de leg.* 3. *Posterorum appellatione liberos tantummodo, non etiam libertos eorum, quibus fideicommissum relictum est; fideicommisso contineri nequaquam incertum est.* Et legislator noster in §. *ult. inst. qui testam. tut. Plane si posteris dederit, tam filii posthumi, quam cæteri liberi continebuntur.* Hæc autem verba mutuatus est ab Ulpiano in *l. quod si* 6. *in fin. ff. de testam. tutel.* quæ perperam corrigenda esse quidam arbitrantur. Paulus autem hoc verbum aliter interpretari videtur in *l. ult.* §. *parentes* 7. *ff. de grad. & affin.* Ibi: *item liberi usque ad trinepotem; ultra hos posteriores vocantur.* Sed observandum, quod non posteros dicit, sed posteriores: hoc est, posteriores iis, qui proprium nomen habent, ut filii, nepotes, pronepotes, & cæteri, quo deficiente, devenitur ad nomen generale, quod refertur ad anteriores nomen speciale habentes, & dicuntur posteriores. Illud etiam notandum, quod in usu juris posteros pro liberis accipimus, cum apud latinos auctores vox posterorum, omnes, qui post nos futuri sunt comprehendat, ut legenti exempla passim occurrent: unde nomen posteritatis omnes, qui postea futuri sunt comprehendit. Tacit. *in princ. histor. Ita neutris cura posteritatis inter infensos, vel obnoxios.* Quamobrem constat, quam barbara esset Caligulæ interpretatio, qui negabat jure civitatem Romanam usurpare eos, quorum majores sibi, posterisque eam impetrassent, nisi filii essent. Suet. *in Calig. c.* 38.

His probe constitutis, duæ quæstiones existunt subobscuræ atque difficiles: 4
altera, an vocatis descendentibus virilis sexus, femina ex masculo comprehendatur: altera, an vocatis descendentibus masculis, succedant etiam masculi descendentes ex feminis. Quoad primam plerique existimant succedere etiam feminas ex masculis descendentes, quia genitivus sui natura causam efficientem significat: ideoque si dictum sit, Sempronius Petri de Asinellis, indicatur Sempronium esse filium Petri. Idque confirmant auctoritate Justiniani in *l. lege duodecim C. de legit. hered.* 5

Hanc opinionem falsissimam esse nullus dubito, sive eam ad normam latinitatis, sive ad normam juris exigamus. Falsum enim est, quod genitivus causam efficientem demonstret: & cum dicimus: Sempronius Petri, significamus Sempronium esse filium Petri, quia subauditur vox *filius*: hoc est, Sempronius filius Petri. Cæterum verissimum est, quod ait Laurentius Valla *elegant. lib.* 2. *c.* 1. qui ita distinguit: *Genitivus aut active sumitur, aut passive, adde etiam possessive, quod pene pro active accipio. Active, ut providentia Dei, bonitas Dei. Passive, ut timor Dei, cultus Dei. Ibi Deus providet, & benigne agit: non ipsi providetur, & benigne fit: hic timetur, & colitur, non timet, & colit. Possessive, ut sedes Dei, regnum Dei.* Active igitur & possessive plerumque usurpantur. Itaque si dixero: canis Titii, equus Titii, quia non subauditur, *filius*, significat canem, & equum a Titio possessum. Sic etiam, cum dico frenum equi, collare canis, & similia, significo frenum, & collare, quod habet equus, & canis. Maxime vero cum

rece-

Digitized by Google

persona ponitur in recto, res autem in genitivo. Plin. *lib.* 25. *cap.* 5. de helleboro: *Vetant dari senibus, & pueris: item mollis ac feminei corporis, animique*, hoc est, iis, qui possident, & habent corpus femineum & molle, animumque. Tacit. *annal. lib.* 6. *cap.* 31. *proximus huic Abdus, ademptæ virilitatis: non despectum id apud barbaros, ultroque potentiam habet*: hoc est, cui erat adempta virilitas. Ovid. *Amor. lib.* 1. *eleg.* 9. *Ingenii est experientis amor*: habet scilicet amor ingenium experiens. Plaut. in *Aulul. Tu trium litterarum homo*. Terent in *Andr. quandoquidem tam iners, tam nulli consilii sum*. Cicer in *epist. ad Lentulum lib.* 1. *ep.* 7. *in fin. Lentulum eximia spe, summæ virtutis adolescentem*. hoc est summa virtute præditum. Gell. *lib.* 19. *cap.* 9. *Adolescens e terra Asia equestri loco lætæ indolis, moribusque & fortunis bene ornatus*. Cic. *epist. lib.* 2. *ad Q. Fratrem ep.* 10. *in fin. Lucretii poemata, ut scribis, non ita sunt multis luminibus ingenii: multæ tamen artis*. Sic dicimus hominem sanæ mentis: hominem emunctæ naris, hominem duræ cervicis, & his similia prope infinita, ut demonstremus hominem his qualitatibus præditum. Ergo & cum dicimus descendentes virilis sexus, eos intelligimus, qui præditi sunt virili sexu, qui sunt virilis sexus, uno verbo masculos.

6 Eadem prorsus est etiam in usu juris horum verborum significatio. Pomponius in *l.* 2. §. *post hunc* 47. *ff. de orig. jur. post hunc maximæ auctoritatis fuerunt Attejus Capito, qui Ofilium sequutus est, & Antistius Labeo, qui omnes audivit, institutus autem est a Trebatio*, scilicet maximam auctoritatem habuerunt. Legislator noster in *l. eum acutissimi C. de fideic. eum acutissimi ingenii vir; & merito inter alios excellens Papinianus*: hoc est, qui acutissimo ingenio præditus erat. Hi enim genitivi hoc modo positi eamdem vim habent, ac ablativi; perinde est dicas: vir magna auctoritate, an vir magnæ auctoritatis, ut notat optime Laurent. Valla *lib.* 3. *cap.* 17. & ideo cum utriusque casus eadem sit vis, non raro in eadem periodo latini auctores utrumque usurpant. Plin. *lib.* 7. *cap.* 2. *Choromandarum gentem vocat Tauron sylvestrem sine voce, stridoris horrendi, hirtis corporibus, oculis glaucis, dentibus caninis*. Cicer. *in Sallust. Numquid quos protulit Scipiones, & Metellos, ante fuerunt aut opinionis aut gloriæ?* Hic separatim; sed genitivum, & ablativum conjunxit in *epist. ad Lentul.* & in epist. *ad Q. Fratrem* & hos imitatus Gellius *lib.* 19. quorum verba supra retulimus.

7 I. Sed jam propius aggrediamur. In *l. cognoscere* 59. §. 1. *ff. de V. S. Liberorum appellatione continentur non tantum, qui sunt in potestate, sed etiam, qui sui juris sunt, sive virilis sive feminini sexus sunt, exve feminini sexus descendentes*: hoc est, ex parentibus feminini sexus descendentes. Evidenter hic Callistratus distinguit liberos virilis aut feminini sexus, a descendentibus ex parentibus feminini sexus, ut distinguat agnatos a cognatis. Liberi igitur virilis sexus, aut feminini sunt, qui masculi sunt aut feminæ. Qui autem descendunt a masculis, non dicuntur liberi, aut descendentes virilis sexus, sed descendentes ex virili sexu, ut in *l.* 1. §. *non tantum ff. de Carbon. edict. Non tantum masculi, sed & feminæ ex virili sexu descendentes Carboniani commodum habent*, & in *l.* 1. *ff. de legat. præst. utrum ex virili sexu, vel ex feminino descendant* & in *l.* 3. *in princ. ff. de injust. rupt. posthumi per virilem sexum descendentes*: sic etiam in *l.* 4. §. *cognationis ff. de grad. & affin. cognatio, quæ per feminam descendit: quæ per mares contingit*. Probe igitur, imo vehementer errant nostri, qui hæc omnia confundunt, quasi idem significent: descendentes virilis sexus: per virilem se-

sexum: per lineam masculinam, a linea masculina, & similia, quæ ad originem referuntur, non ad personam vocatam. Sed reliqua persequamur.

8 II. Paulus *lib.* 4. *Recept. Sent. tit.* 8. §. 13. *Agnati autem sunt cognati virilis sexus per virilem descendentes.* Evidenter hic quoque distinguuntur illi, qui sunt virilis sexus ab illis, qui per virilem sexum descendunt. Ergo in usu juris dicuntur virilis sexus, masculi: per virilem autem sexum descendentes, qui descendunt a masculis. Requirit autem hic Paulus non solum, ut descendant per masculos, sed etiam, ut sint masculi, quia feminæ ad hereditates legitimas ultra consanguineas non admittebantur. Id. Paulus §. 22. *Feminæ ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur, idque jure civili Voconiana ratione videtur effectum*: hoc est, prudentum interpretatione, qui non putarunt feminas admittendas ad hereditatem legitimam, ea ratione, quia lege Voconia excludebantur etiam ab hereditate testamentaria, quod magis est. Prudentum enim responsa jus civile dicebantur *l.* 2. §. *his legibus* 5. *ff. de orig. jur.* Voconia lex lata a Q. Voconio Saxa, Tribuno Plebis, anno urbis DCCXIV. Suasit illam M. Cato jam senex, ut ipse de se testatur apud Ciceronem in Libro de Senectute circa princ. ejusque orationis non pauca verba refert & explicat A. Gell. *lib.* 17. *cap.* 6. Quid hac lege, seu plebiscito contineretur, indicat *Cic.* 1. *in Verrem*, qui de Voconio ait: *Sanxit in posterum: qui post eos censores census esset, ne quis heredem virginem, neve mulierem faceret.* Addit D. Augustinus *lib.* 3. *de Civit. Dei*, *Lata est etiam Lex Voconia, ne quis feminam heredem faceret, nec unicam filiam.* Idem confirmat Florus *epit. lib.* 41. *Q. Volumnius Saxa legem tulit, ne quis mulierem heredem institueret: suasit legem M. Cato.* Legendum est *Q. Voconius.* De unica autem filia solus Augustinus testatur. Sed tamen de eo non est ambigendum. Solebant enim testatores, ad eludendum legis præceptum, heredem instituere amicum, eumque rogare, ut hereditatem filiæ restitueret: ut constat ex Cicerone *lib.* 2. *de finibus*, 17. *seq.* ubi narrat factum Fadii, & postea subdit. *Si te amicus tuus moriens rogaverit, ut hereditatem reddas suæ filiæ, nec usquam id scripserit, ut scripsit Fadius, nec cuiquam dixerit: quid facies? tu quidem reddes; ipse Epicurus fortasse redderet.* Subjicit deinde exemplum Sexti Peducæi, qui reddidit uxori, quod vir ei reliquerat. Probat igitur Cicero, restituendam esse hereditatem, etiamsi rogatus sit restituere in fraudem legis; nimirum præfert legi civili jus naturale, cum de moribus ibi agat, & tamquam Philosophus, non tamquam Jurisconsultus loquatur. Ex his patet, deceptum fuisse Hotomannum, qui putavit, lege Voconia mulieres non omnino exclusas fuisse ab hereditate, sed quadrantem tantummodo capere potuisse. Imposuit illi, & plerisque aliis locus Dion. lib. 56. τῶν τε γυναικῶν τισὶ καὶ παρὰ τὸν Οὐοκώνιον νόμον, καθ' ὃν οὐδεμιᾷ αὐτῶν οὐδενὸς ὑπὸ δύο ἥμισυ μυριάδας οὐσίας κληρονομεῖν, συνεχώρησε τοῦτο ποιεῖν, hoc est: *quibusdam mulieribus concessit capere hereditatem contra legem Voconiam, quæ ipsas supra viginti quinque millia hereditatem capere non permittebat.* Viginti quinque millia sestertium interpretati sunt: hoc est, quadrantem centum millium, quam hereditatem capere lex prohibebat. Nam solummodo census prohibebatur mulierem instituere, ut constat ex verbis Ciceronis supra allatis: hoc est, ut explicat ibi Asconius, qui centum millia habebat in bonis. Dionis autem verba non de sestertiis, sed de drachmis sunt intelligenda; nam his Græci utebantur: at vero viginti quinque millia drachmarum conficiunt centum millia ses-



ster-

stertium. Ait igitur Dion, quod secundum legem Voconiam mulieribus non licebat capere hereditatem ejus, qui supra centum millia sestertium haberet in bonis. Ita optime verba Dionis interpretatur J. F. Gronovius *lib. 3. cap. 16. de pecun. vet.* Qui autem censi non erant, vel lege id permittente, vel æquitate vel consuetudine juris poterant filiam heredem instituere: hæc enim omnia recenset Cicero 1. *in Verrem*, cujus verba referre supersedeo. Polibyus quoque *in excerpt. de virt. & vit.* refert, Scipionem Africanum hereditatem maternam concessisse sororibus, ex qua, ut ait, nihil ad ipsas pertinebat. οὐδὲν, nihil. Falsa est igitur opinio eorum, qui putant aliquid eis relinquere permissum fuisse. *Sed vide* Cl. Perizonii dissertationem de lege Voconia. Hæc enim dixisse sufficiat ad illustranda Ulpiani, & Pauli verba.

9 III. In lege Velleja, cujus verba refert Scævola in *l. Gallus* 29. §. *Nunc de lege* 11. *ff. de liber. & post.* scriptum erat: *qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit &c.* puto verba sequentia legis hæc aut similia fuisse; instituat aut nominatim exheredet. *Is omneis virilis sexus*: feminas non comprehendit, quia etiam inter cæteros exheredari poterant, dum aliquid eis in testamento legaretur §. *posthumi* 1. *inst. de exhered. liber.* Ulpian. *in fragm. tit.* 22. §. 21. *Posthumus filius nominatim exheredandus est: filia posthuma, cæteræque posthumæ feminæ, vel nominatim, vel inter cæteros, dummodo inter cæteros exheredatis aliquid legetur.* Quamobrem verissimum est, quod notat doctissimus Cujac. in *l.* 3. *in princ. ff. de injust. rup* verba illa: *per virilem sexum descendentes* a Triboniano adjecta ac mutata fuisse, quia eo tempore etiam feminæ nominatim exheredari debebant ex Justiniani constitutione: cæterum Ulpianum scripsisse: *posthumi virilis sexus ad similitudinem filiorum nominatim exheredandi sunt, ne testamentum agnascendo rumpant.* Etenim Ulpiani tempore falsum erat feminas testamentum rumpere, si nominatim exheredatæ non fuissent. Utroque igitur loco, tam in laudata *l.* 3. quam in *l. Gallus* eodem modo scriptum erat *virilis sexus*: Hæc haudquaquam animadvertentes veteres interpretes existimarunt in *l. Gallus*: verba illa: *is omnis virilis sexus* aut referenda esse ad testatorem, qui si masculus non sit, non cogitur liberos instituere, aut exheredare, §. *ult. inst. tit. de exhered. liber.* ignorantes, quod *is omnis* minus latine diceretur; & veteres scripsisse *omnis* syllaba producta, vel *omneis*, quod nos scribimus omnes; aut si referantur ad liberos, ea significare liberos descendentes per virilem sexum, non liberos masculos. Nec animadverterunt, utrovis modo accipiantur ea verba: *virilis sexus* fore omnino superflua; nam cum statim subjiciantur illa verba: *qui suus heres futurus erit*, aut ut alii legunt: *qui sui heredes futuri erunt*, his verbis utrumque continetur, & quod testator sit masculus, & quod liberi ab eo per masculos descendant: alioquin enim sui heredes esse non possent, cum feminæ suos heredes non habeant, quia in earum potestate non sunt, §. *feminæ instit. tit. de adopt.* §. *cæteri* 3. *inst. tit. de hered. qual. & differ. l. illud notandum* 4. §. *ad testamenta ff. de bon. poss. contra tab.* & multo minus possunt esse sui heredes, qui descendunt a feminis, cum neque sint in potestate, nec ejusdem familiæ. *princ. tit. inst. de hered. qual. & differ.* §. 1. & §. *item vetustas inst. tit. de hered. quæ ab int.*

IV. Justinianus in *princ. tit. instit. de exhered. liberorum. Sed non ita de filiabus, & aliis per virilem sexum descendentibus liberis utriusque sexus.* Aliud igitur est descendere per virilem sexum: aliud esse virilis sexus. Illud continet etiam feminas: hoc tantummodo ma- 10

masculos, & ad comprehendendas etiam feminas necesse est dicere *utriusque sexus*: vel ut in §. 1. *ejusdem tit. sive feminini sexus, sive masculini.* Et deinceps: *sed feminini quidem sexus personae, vel nominatim, vel inter caeteros exheredari solebant: masculos vero posthumos placuit non aliter recte exheredari, nisi nominatim exheredarentur*, Constat igitur, Justinianum semper feminas sexus feminini personas dicere, & masculos sexus masculini, & haec pro Synonimis haberi. Rursus in §. 3. *Sed Praetor omnes tam masculini sexus, quam feminini, si heredes non instituantur, exheredari jubet: virilis sexus nominatim, feminini vero inter ceteros*. Non possunt haec intelligi de descendentibus per virilem aut femininum sexum, quia hi possunt praeteriri, §. *ult. eod. tit.* & cum voluit indicare descendentes per virilem, aut femineum sexum, Justinianus expresse ita eos descripsit: per virilem sexum descendentes, ut in §. *Sed haec quidem vetustas*, & in §§. *superioribus*: nunquam autem dixit liberos virilis sexus. Haud aliter in *Novell. 118. de hered. ab intest. venient. c. 1. Nulla introducenda differentia sive masculi, sive feminae sint, & seu ex masculorum, seu ex feminarum prole descendant*: & in *c. 2. in fin. sive feminae, sive masculi fuerint, qui ad hereditatem vocantur, & sive per masculos, sive per feminae personam copulantur*, & cap. 5. *quique ex masculorum, quique ex feminarum prole descendunt.*

11 V. Idem Justinianus in §. *caeterum in fin. inst. tit. de legit. agnat. success. omnes legitimas personas, id est, per virilem sexum descendentes, sive masculini generis, sive feminini sint.* Evidenter hic distinguit masculos & feminas, seu personas masculini, aut feminini generis, a personis descendentibus per virilem sexum.

12 VI. Ulpianus in *l. 2. §. 1. ff. de suis & legit. hered. Agnati autem sunt cognati virilis sexus ab eodem orti.* Distinguit liberos ab eorum origine, & virilis sexus vocat masculos: nam id temporis feminae non habebant agnationis jura praeter sorores consanguineas, quae solummodo jure agnationis ad legitimam hereditatem fratris admittebantur, exclusis omnibus aliis feminis, *d. §. caeterum.* & idem Ulpianus *tit. 26 §. 6. ad feminas ultra consanguineorum gradum legitima hereditas non pertinet: itaque soror fratri, sororive legitima heres fit*: & supra attigimus ad Paulum *recept. sentent. lib. 4. tit. 8. §. 22.*

VII. Hoc idem demonstrat evidenter Justiniani legislatoris constitutio in *l. in lege 14. C. de legit. hered.* in qua corrigit jus a prudentibus introductum de feminis a legitima hereditate praeter consanguineas exclusis. Ibi: *Sancimus omnes legitimas personas, id est, per virilem sexum descendentes, sive masculini, sive feminini generis sint, simili modo ad jura legitimae successionis ab intestato vocari*, & infra: *cum enim unius sanguinis jura remaneant per virilem sexum incorrupta, quare naturam offendimus & legitimo juri derogamus?* Scilicet admittendo masculos, & feminas excludendo. Illud plane mirandum, auctores, & patronos contrariae sententiae magni nominis ac doctrinae viros in hac ipsa lege, quae nobiscum facit, ponere fundamentum opinionis suae. Verumtamen hoc minus mirum, quod tam absurda sententia non nisi legibus contrariis, aut nihil ad rem pertinentibus fundanda est. 13

VIII. In *l. ult. C. de suis & legit. lib.* ait idem Justinianus. *Quoties aliquis, vel aliqua intestatus, vel intestata, mortuus, vel mortua fuerit, nepotibus, vel pronepotibus cujuscumque sexus, vel deinceps aliis descendentibus relictis*. Verba *cujuscumque sexus* non referuntur ad eos, a quibus descendunt, quia in iis nominatim jam expresserat masculum, & feminam: sed ad solos nepotes & de- 14



Digitized by Google

descendentes. Quid autem refert, dicat quis: *descendentes utriusque sexus*: an descendentes virilis aut feminei sexus? Rursus in *l. ult. C. de legit. hered.* totam progeniem ex legitima sobole descendentem sive masculinam sive femininam. Et Imperatores in *l. si defunctus 9. in princ. C. de suis, & legit. lib.: si defunctus cujuscumque sexus aut numeri reliquerit filios & ex filia diem functa cujuscumque sexus aut numeri nepotes &c.*

15 Hæc sunt fundamenta meæ opinionis, quam, ni fallor, puto esse verissimam. Quid ad hæc adversarii? Nihil profecto. Ecquæ argumenta afferunt suæ sententiæ? Nempe text. in *l. Gallus §. nunc de lege ff de lib. & posthum.* quem satis accurate supra exposuimus in nostro III. fundamento, & pro nobis facere demonstravimus. Secundo loco afferunt Justiniani constitutionem in *l. lege* XII. *tabularum vers. hujusmodi itaque C. de legit. hered.* quæ adeo facit contra ipsos, ut nihil supra. Præterea quosdam in hanc sententiam adducit *§: item vetustas inst. tit. de hered. quæ ab intest.* Sed nihil ad rem facit: ibi non agitur de descendentibus virilis sexus, sed nominatim: *nepotes, neptesve, qui ex virili sexu descendunt*: item intra: *utrique tam qui ex masculis, quam qui ex feminis descendunt.* Denique moventur ex definitione agnatorum, tradita ab Ulpiano in *l. 2. §. 1. ff. de suis & legit. hered. juncto §. ceterum inst. tit. de legitim. agn. succ.* Sed hic ipse §. nodum solvit, & declarat, nihil obstare Ulpiani definitionem in laudata *l. 2.* ut probavimus in fundamento V. & VI. Sed ineptum esset de re tam perspicua diutius disputare.

## CAPUT XXVII.

### *Ad L. si viva matre. C. de Bon. matern.*

### SUMMARIUM.

*I Vocatis descendentibus masculis, non admitti descendentes masculos ex femina, olim receptum: hodie invaluit opinio contraria.*

*II Negativæ sententiæ argumenta proponuntur ac refelluntur ad n. VII.*

*VIII Expenduntur affirmativæ sententiæ argumenta, ac confutantur ad n. 11.*

*XI Examinatur fortissimum argumentum Anton. Fabr. & ei respondetur. Sola testatoris voluntate quæstio dirimitur.*

Altera quæstio est de descendentibus masculis, tot Doctorum controversiis & contrariis opinionibus implicata, ut nihil certi statui possit. Itaque ad legum præcepta confugiendum esse videretur: Sed & in jure nostro nihil hac de re definitum aut certum habemus. Et olim quidem communis fere omnium erat opinio, vocatis descendentibus masculis, non admitti descendentes masculos ex femina: hodie vero invaluit opinio contraria. Utra sit verior, deliberare, atque decernere difficillimum. Quamobrem hac de re in utramque partem disputabimus, & utriusque argumenta confutabimus, postmodum, quæ sententia tenenda sit, proponemus & explicabimus. 1

Qui veterum opinionem tuentur, eam potissimum fundant in *l. si viva matre §. nam licet C. de bon. matern.* ubi ait Imperator, quod filius non debet esse melioris conditionis sua matre. Et hoc argumentum amplificant, & exornant, quia successor non debet esse melioris conditionis, quam ejus auctor, a quo causam habuit *l. ex qua persona* 149. *& l. quod ipsis* 143. *ff. de reg. jur.* & causatum non debet esse potius sua causa;

sa: & subrogatum non potest habere plus juris, quam id, in cujus locum subrogatur *l. si eum 10. §. qui injuriarum ff. si quis caution.* Addunt quod sublato medio, sublata videntur extrema: & alia his similia, quæ nullo negotio refelluntur.

2 Gloriatur Castrensis, huic argumento neminem unquam respondere potuisse. Ego contra nihil in eo momenti esse arbitror. Falsa enim sunt omnia, quæ assumuntur: ac propterea assumptione negata nulla ejus est conclusio. Singula expendamus. Non debet esse melioris conditionis filius matre sua, *l. si viva matre, C. de bon. mat.* Falsum. In laudata lege non hoc habetur generaliter, sed restringitur ad eum casum, quem decidit Imperator in ea lege: Ibi: *non abs re est, ut in hoc casu deteriores esse nepotibus filii non sinantur.* In hoc casu: in quo par erat conditio filiorum & nepotum. Generaliter igitur id falsum: maxime vero in casu nostro, in quo non est par conditio matris, ac nepotis. Mater enim est femina, nepos est masculus. Vocatur autem ad successionem nepos, non tamquam nepos; nam etsi pronepos esset, nihilominus vocaretur: sed tamquam masculus. Habet igitur qualitatem requisitam a testatore, quam non habet mater ejus; ac propterea non abs re est, ut sit melioris conditionis nepos, quam filia. Perpetuo id observatur in successionibus. Lex Voconia, ut in superiore diximus, feminas institui prohibebat. Finge, testatorem habuisse filiam, & ex ea nepotem. Si filiam instituebat, nulla erat institutio: Si nepotem, valebat. Filia capere non poterat hereditatem: nepos poterat: erat ergo melioris conditionis nepos, quam filia. Quid ita? quia nepos erat masculus, filia autem femina: ille habebat qualitatem a lege prescriptam: hæc non item. Imo, quod magis est, idem observatur etiam in successione ab intestato, quæ saltuatim non progreditur]. Pater emancipat filium, & nepotem ex eo retinet in potestate: filius jure civili non succedebat, sed nepos. Quamobrem? quia jus agnationis, & sui heredis amisit capitis diminutione, *§. ult. inst. tit. de legit. agnat. tut. l. tutelas 7. ff. de cap. min.* Nepos retinet jura agnationis, & sui heredis: ac propterea habet qualitatem a lege præscriptam, qua caret ejus pater. Et quamquam Prætor postmodum coeperit emancipatos ad successionem vocare in ordine suorum heredum, *§. emancipati instit. tit. de hered. quæ ab intest. l. liberi 4. ff. si tab. testam. null. l. sed cum 6. §. 1. ff. de bon. possess. l. ult. §. 1. C. de legit. hered.* tamen in eo sunt deterioris conditionis, quod hereditatem non acquirunt, nisi petant bonorum possessionem, suis autem acquiritur hereditas etiam ignorantibus, *§. sui autem 3. instit. eod. l. in suis 14. ff. de suis & legit. hered. l. si fratris 3. C. de jur. delib.* Quid in adoptivis? de quibus in *§. at hi 10. instit. tit. de hered. quæ ab int.* Quid si filius fuerit exheredatus, & extraneus heres institutus? qua de re in *§. cum autem 7. cum seq. instit. eod.* Plura non persequor: ad successionem testamentariam revertor. Annon si exclusa femina testator nominatim ejus filium instituisset, ipse solus exclusa matre heres esset? Id certe dubitationem non habet. Esset igitur mater deterioris conditionis, quam filius. Quid ita? quia ita voluit testator, cujus voluntas pro lege habetur. *Novell. de Nupt. 22. cap. 2. Disponat testator & erit lex.* Itaque in his successionibus testamentariis quid voluerit, quid disposuerit testator, est inquirendum, non confugiendum ad inanes regulas, quæ his accomodari non possunt.

At enim mater tamquam proximior 3
magis est a testatore dilecta, quam ejus filius, qui remotior est, *l. omnia 32. in fin. ff. de leg. 2.* Sed mater est ex-

exclusa; ergo multo magis ejus filius. Falsum, quod mater fuerit a testatore dilecta præ ejus filio. Si enim a testatore fuit exclusa a successione, non solum non fuit magis ab eo dilecta, sed nequidem ullo modo dilecta, quia caret qualitate ac prærogativa, quam unice dilexit atque exoptavit testator, qui voluit hereditatem suam semper ad masculos pervenire, vel quia sexum masculinum diligebat præ feminino, vel quia masculi facultatibus indigent ad sustinenda onera rei domesticæ, ad amplificandum decorem ac dignitatem familiæ, ad publica munera obeunda, promovendas artes, mercaturam exercendam, exornandam patriam; mulieres autem plerumque in luxum effusæ, ad mollem ac luxuriosum corporis cultum, ornatumque; ad domum magnifice ac sumptuose instruendam, opes prodigere solent atque profundere. Ideo testator omnem affectionem conclusit in masculis; ac propterea ineptum est dicere, eum plus dilexisse matrem, quam ejus filium, & ipsa lex, quæ allegatur, contrarium probat. Ibi: *& qui ex his primo gradu procreati sunt, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit*: specialiter hic voluntatem suam extendit ad masculos. Quid refert igitur, quod mater primo gradu sit? Hoc amplius, qui hoc argumento nituntur, profecto pugnantia dicere coguntur. Fingamus enim, concurrere masculum ex femina, qui sit in tertio aut quarto gradu, & alium descendentem a masculis, qui sit in sexto. Quis ex his succedere debet? non descendens a femina, ut ipsi ajunt, sed descendens a masculis. Atqui hic est in sexto, ille vero in quarto gradu: ille igitur est minus dilectus, quam hic: ac propterea, si excluditur hic magis dilectus, multo magis excludendus est ille minus dilectus. Nemo igitur succedet, aut remotior proximiori præferendus. Vide sis, in quas angustias se conjiciunt, a quibus dum se volunt expedire, ipsi se impediunt, suaque argumentatione implicantur.

Nullius pariter momenti sunt alia, 4 quæ copiose congeruntur: quod causatum non debet esse potius sua causa: nec successor suo auctore, nec plus esse in subrogato, quam sit in eo, cui subrogatur. Etenim falsa sunt omnia, quæ in his assumuntur. Falsum est, quod filius sit subrogatus in locum matris, cui non est substitutus, cum ipsa nullum unquam jus habuerit in hac successione, a qua omnino fuit exclusa. Falsum pariter, quod ipsa sit auctor successionis, & filius sit ejus successor. Etenim ad ipsam nihil attinet hæc successio, nec per eam pervenit ad filium, qui ipsam directe obtinet a testatore tamquam descendens masculus ab eo vocatus, semota femina ipsum præcedente, quare nec ipsam repræsentat, nec opus habet ulla repræsentatione. Quid enim tribuere ipsi potest repræsentatio ejus personæ, quæ exclusa est ab hereditate? nihil profecto. Repræsentatio a jure admittitur, ut ipse habeat eam partem hereditatis, quam habiturus esset is, quem repræsentat, si viveret, §. *cum filius inst. tit. de hered. quæ ab intest. & in §. pen. l. 1. §. si filius 4 ff. de suis & legit. hered. l. 2. & 3. C. de suis & legit. liber.* Non datur igitur repræsentatio, nisi mortuo ac deficiente eo, qui repræsentatur: nec potest repræsentari, qui nullum jus habet, aut habiturus esset in successione, si viveret. Denique falsum est, quod mater sit causa, filius causatum, seu effectus. Mater enim est causa filii, quod attinet ad generationem: non quod attinet ad successionem. Quantum ad successionem, causa est ipse testator, seu ejus institutio, qua ille vocatur ad hereditatem, quia masculus: eaque ipsum efficit successorem. Quid si negavero effectum, seu, ut ipsi ajunt, causatum sua causa potiorem esse non posse. An non plantæ potiores sunt suo semine, a quo producuntur? sane caudicem, ramos habent, emittunt flores,

fo-

folia, poma, eaque ad maturitatem perducunt: nihil horum in semine, & si quid est in eo, illud solummodo est inchoatum, implicitum, involutum, nec oculis pervium, nec ad usum vitæ, aliamve rem utile. Numquid animalia potiora non sunt semine, unde progenita fuerunt? Sed hæc in rebus naturalibus. Quid in legibus, ac in jure nostro? Numquid obligatio non est potior stipulatione? Illa consistit in verbis, scilicet interrogatione, & responsione congrua, *princ. tit. instit. de V. O. & l. 1. ff. eod.* hæc in vinculo juris, quo necessitate adstringimur ad aliquid dandum aut faciendum *l. obligationum substantia ff. de oblig. & act.* Quid? an non obligatio est mater actionis? *l. licet* 42. *§. ea obligatio ff. de procurat.* obligatio autem sine actione inutilis est ac prope nulla: cum actio sit, quæ persequitur id, quod nobis debetur, & sine ea nihil omnino consequi possimus, *princ. tit. instit. de actionibus.* Quid, oro, potentius est? quid potius est, dominium, an possessio? & tamen possessio est causa dominii; nam dominium a naturali possessione coepit, & exortum est, *l. 1. §. 1. ff. de acquir. vel am. possess.* & sine ea non acquiritur, *l. cum res* 12. *C. de probat. l. qui prædium* 13. *C. de distr. pign.* Plura non persequor: id enim & longum esset, & supervacuum.

5 Probant præterea sententiam suam, quod successiones non fiunt per saltum, sed ordine successivo *l. 1. §. quibus, cum seq. ff. de successor. edict. l. octavi ff. unde cogn. §. placebat inst. tit. de legit. agnat. succes.*

Omittamus, quod in his legibus nihil tale præcipitur: omittamus etiam, quod nihil quicquam ad rem pertinent, quia in illis agitur de proximiore deficiente, non de proximiore exclusa. Et quod de successorio edicto in iis tractatur, potius contrarium probat, nam in eo genere percipiendarum hereditatum non erat successio, *d. §. placebat* & aliis allegatis. Sed hæc omnia silentio prætermittimus, ut liberaliter cum ipsis agamus, non morose, ac fastidiose. Plurimum hac in re, ut in omnibus differt successio ex testamento a successione ab intestato. Hæc a lege datur, quæ certum ordinem succedendi præscripsit, quem prætergredi non licet: ac solet in eodem ordine proximiores remotioribus anteferre. Quamquam ne hoc quidem constans est, atque perpetuum. Nam & liberi utcumque remotissimi excludunt proximos agnatos: & agnati utcumque remotissimi proximos cognatos. Et in eodem etiam ordine non attenditur proximitas, ubi datur jus repræsentationis, & ubi ille, qui juxta ordinem a lege definitum proximus est, non habet qualitatem ab eadem lege requisitam, ut ad superius argumentum exemplis demonstravimus. Successio autem ex testamento pendet omnino ab arbitrio, & voluntate testatoris, cui latissimam potestatem tribuit ipsa lex duodecim tabularum: *uti legassit suæ rei, ita jus esto. l. verbis legis* 120. *ff. de verb. sign.* & hanc amplissimam facultatem confirmavit Imperator noster *in Novell.* 22. *de Nuptiis. Disponat testator, & erit lex.* Itaque in dispositionibus testamentariis voluntas testatoris dominatur, eaque sola est attendenda; atque servanda, quomodocumque disposuerit *l. quoties* 9. *in princ. l. ex facto* 35. *§. rerum ff. de hered. instit. l.* 4. *in fin. de vulg. & pupill. l. si mihi* 12. *in fin. ff. de legat.* 1. *l. non aliter* 69. *in princ. ff. de legat.* 3. *l. pediculis* 32. *§. Labeo ff. de aur. & arg. leg. l. in conditionibus* 19. *ff. de cond. & dem. l. quoniam* 15. *C. de testam.* Hæc unica regula est, ad quam omnis interpretatio dirigenda est: aliæ omnes pravæ sunt
atque distortæ. Illud plane insulsum, quod
addunt: medium tahabile impedimento 6
esse, ne extrema jungantur. *l. servitutes prædiorum* 14. *in fin. ff. de servit. l. qui sella* 7. *§. ult. & l. tria prædia*

31. *ff.*

31. *ff. de ſervit. ruſt. prædior.* Nam quid attinet ſervitus prædiorum ad ſucceſſionem? profecto, interjacente loco publico, vel ſacro, vel religioſo ſervitus itineris, vel aquæ ductus imponi non poteſt, cum ſervitus per ea loca nulli deberi poſſit: quæ ratio redditur a Paulo in laudata *l. ſervitutes in fine.* Idemque pariter eveniet interjecto alieno fundo, ſi ejus dominus non conſentiat. Servitus enim aquæ imponi aliter non poteſt, quam ut per medium fundum ducatur, ut ait Javolenus in laudata *l. tria prædia verſic. & quemadmodum*: non poteſt autem per medium fundum duci invito ejus domino. Recte Paulus in laudata *l. qui ſella in fin. In ruſticis autem prædiis impedit ſervitutem medium prædium, quod non ſervit*, quia nemo per fundum alienum, qui non ſervit, ire, agere, aquam ducere poteſt, & ſimilia. Pulverem igitur oculis offundunt, qui hæc magno verborum apparatu exaggerant.

7 Probant præterea ſententiam ſuam exemplo feudorum, ducto argumento a feudis ad fideicommiſſa *ex §. hoc autem tit. de his, qui feudum dar. poſſ.*

Sed in promptu eſt reſponſio. Feuda ex legibus feudorum, & ex ipſa eorum natura moderamur: fideicommiſſa ex arbitrio, & voluntate teſtatorum, ut modo diximus de ſucceſſione ab inteſtato. Præterquam quod ex laudato §. contrarium probari poteſt, perpendendo ejus verba: *hoc autem notandum eſt, quod licet filiæ, ut maſculi, patribus ſuccedant, legibus tamen a ſucceſſione feudi removentur, ſimiliter & earum filii: niſi ſpecialiter dictum fuerit, ut ad eas pertineat.* Primum igitur conſtat, filias, & earum filios a ſucceſſione feudi legibus removeri: ut diximus. Prætereaeos, eaſque ad feudum admitti, ſi hoc ſpecialiter dictum fuerit: ſed in propoſita controverſia ponimus maſculos deſcendentes ſpecialiter a teſtatore vocatos fuiſſe: ergo ad ſucceſſionem debent admitti. Quod confirmatur ex *tit. 17. de eo, qui ſibi vel hered. ſuis Libr. 2.* Ibi: *non enim patet locus feminæ in feudi ſucceſſione, donec maſculus ſupereſt ex eo, qui primus de hoc feudo fuerit inveſtitus.*

Jam vero ad examinandam contrariam ſententiam aggrediamur. Conantur eam probare auctoritate Imperatoris in *auth. de hered. ab inteſt. venient. cap. 1.* Ibi: *ſi quis deſcendentium fuerit ei qui inteſtato moritur cujuslibet naturæ, ſive ex maſculorum genere, ſive ex feminarum deſcendens.* Ex quibus verbis deducunt, quod nihil interſit quoad ſucceſſionem, utrum a maſculis, an a feminis quis deſcendat.

Sed anceps eſt hujuſmodi argumentum, & non minori probabilitate ad confirmandam contrariam ſententiam adduci poteſt. Obſervandum enim eſt, quod in ea Novella Juſtinianus, poſtquam maſculos nominavit, ſemper ſubjicit: ſive *ex maſculis, ſive ex feminis deſcendant.* Ibidem in *cap. 1. in fin. nulla introducenda differentia ſive maſculi, ſive feminæ ſint, & ſeu ex maſculorum, ſeu ex feminarum prole deſcendant.* Rurſus in *cap. 2. maſculos & feminas ſive paterni, ſive materni ſint.* & in *cap. 3. circa fin. thiis defuncti maſculis & feminis, ſive a patre, ſive a matre.* Rurſus in *cap. 4. maſculos, ac feminas ſive per maſculi, ſive per feminæ perſonam defuncto jungebantur.* Quorſum iſthæc? quia deſcendentium maſculorum appellatione non comprehenduntur maſculi ex feminis: vel ſaltem id eſt adeo ambiguum, ut neceſſe ſit exprimere nominatim deſcendentes ex feminis. Et multo firmius fit argumentum, ſi animadvertamus: & quod illa toties repetita, & nunquam prætermiſſa declaratio: *ſive ex feminis deſcendant* certo demonſtrat neceſſitatem id perſpicue exprimendi: & cum ibi ſemper vocatæ ſint etiam feminæ, multo minus videtur urgere neceſſitas vocandi nominatim de-

ſcen-

scendentes a feminis: nam si feminæ admittuntur, dubitatio nulla est, quin a feminis quoque descendentes masculi, sint admittendi. Et sane si in ea novella constitutione non ageretur de obliteranda veteri differentia inter agnatos & cognatos: & hic non esset usus Justiniani, multis verbis, iisque identidem repetitis exprimere, & declarare, quod paucissimis poterat significari; firmissimum pro contraria sententia argumentum hoc esse existimarem. Maxime vero quia observo eamdem repetitionem, etiam in feminis expressisse Justinianum. Ibi: *masculos ac feminas: seu masculos, seu feminas, &c.* Non mirum igitur, si idem semper expressit etiam in descendentibus.

9 Nihilo firmius est argumentum, quod ducunt ex *l. cognoscere 56. §. liberorum ff. de V. S.* Ibi: *Liberorum appellatione continentur non tantum, qui sunt in potestate, sed omnes, qui sui juris sunt, sive virilis, sive feminini sexus sint, exve feminini sexus descendentes.*

Simile admodum argumentum: nam & hoc in adversam partem torqueri potest. Cur enim expressit descendentes feminini sexus, non masculini? nempe quia simpliciter nominando descendentes, hi non comprehenduntur, sed solum ex masculino sexu descendentes. Itaque hos necesse non est exprimere, illos utique. Debet igitur eos exprimere etiam testator, si vult eos ad successionem admitti. Non sine causa igitur id expressit Ulpianus: nam Callistratus in *l. liberorum 220. ff. eod.* dubium reliquit, an descendentes ex feminis liberorum appellatione contineantur: imo non videtur eos comprehendisse. Ait enim: *liberorum appellatione nepotes, & pronepotes, & qui ex his descendunt, continentur: hos enim omnes suorum appellatione lex duodecim tabularum comprehendit.* Sed suorum appellatione non continentur descendentes ex feminis, quia non sunt in potestate, §. 3. *inst. tit. de hered. qualit. & differ. §. sui inst. de hered. qu. ab intest. l. 1. §. suos heredes ff. de suis & legitimis hered.* ergo nec appellatione liberorum. Ad tollendam igitur hanc dubitationem merito Ulpianus inter liberos enumeravit etiam descendentes ex femineo sexu. Quod si ambigua est appellatio liberorum; & in dubitationem adduci potest, an ea comprehendantur descendentes ex feminis, quanto majorem habebit dubitationem vocatio liberorum masculorum, ut infra dicemus.

Præterea ducunt argumentum a feudis ex *tit. de eo, qui sibi vel hered.* sed omissis etiam, quæ supra ad hoc genus probationis respondemus: nihil momenti est in hoc argumento. Etenim ibi investituram feudatarius acceperat sibi, vel heredibus suis masculis, vel his deficientibus, feminis. Itaque vocati erant tam masculi, quam feminæ, & hi omnes in duas classes, seu ordines distributi atque distincti, quorum primus erat ordo masculorum, secundus feminarum. Quis autem potest esse tam stultus, qui dubitet, an masculus ex femina sit referendus in ordinem masculorum, an vero feminarum. Neque enim desinit esse masculus propterea quod a femina progenitus fuerit. Quocirca hic masculus excludendus erit a successione, si non succedat in ordine masculorum: nam quod in ordine feminarum succedere non debeat, nulla est dubitatio aut controversia. Absurdum autem est dicere, eum esse a successione feudi excludendum, cum in investitura omnes masculi contineantur, & feminis anteponantur. In casu autem nostro, in quo feminæ sunt exclusæ, jure ac merito dubitatur, an earum etiam filii censeantur exclusi. 10

Progrediamur jam ad examinandum argumentum, quo movetur doctissimus Antonius Faber *de error. pragm. lib. 2. decad. 28. error. 8.* quod est omnium firmissimum, & ad persuadendum aptissimum. Masculus descendens a femina, 11

est descendens, & est masculus: atqui vocati sunt descendentes masculi; ergo & hic vocatus est. Nam cui conveniunt verba dispositionis, convenit & ipsa dispositio. Plane non potest negari quod contineatur appellatione descendentium masculorum, qui est simul & descendens & masculus. Nec ei obesse debet, quod a successione fuerit ejus mater exclusa: quia fuit exclusa quod esset femina, hic ergo debet includi, quod sit masculus. Quæ ratio est in matre, ejus excludendæ, in filio est ejus includendi. Testator dilexit masculos, non feminas Hos, quia dilexit, vocavit: illas, quia non dilexit, exclusit. Igitur non dilexit matrem, ideoque eam exclusit: dilexit nepotem, ideoque illum vocavit.

Enimvero huic argumento responderi non potest, nisi confugiamus ad voluntatem testatoris, quæ omnino spectanda est; & totum facit in hoc genere dispositionis. Diserte ad rem Ulpianus in *l. ex facto §. rerum ff. de hered. instit. Rerum Italicarum, vel provincialium significatione, quæ accipiendæ sint, videndum est. Et facit quidem totum voluntas defuncti: nam, quid senserit, spectandum est.* Ergo in casu nostro spectandum est, quid senserit testator, & quinam masculi sint accipiendi significatione generali masculorum. Valde enim, nec sine causa est ambigendum, an, cum masculos præ feminis dilexerit, qualitatem masculini sexus praoptaverit non solum quoad progressionem, sed etiam quoad originem, adeo ut desideravit hanc qualitatem non solum in generato, sed etiam in generante. Cum enim vocaverit ad successionem descendentes serie, & continuatione nunquam interrupta, videtur etiam masculos vocasse eadem serie, & continuatione non interrupta, nullaque inter eos femina intermixta. Hanc enim qualitatem masculini sexus adjunxit, & quodammodo insevit cunctis descendentibus, ita ut ab ipsis separari, ac sejungi non queat. Quamobrem sicut ad successionem adspirare non potest, nisi qui est descendens, & provenit a descendente testatoris, ita ad eam adspirare non potest, nisi qui est masculus, & a masculo progenitus. Sicut enim testator voluit fideicommissum progredi continuate de descendente in descendentem nulla alia interjecta persona: ita voluit progredi continuate de masculo in masculum, nulla persona feminei sexus interjecta. Etenim quando semper progrediendum est ad masculos, progressus hic procedere debet de masculo in masculum, nulla interjecta femina, per quam ordo ac series continuata masculorum interrumperetur. Neque hoc est sine exemplo in jure nostro. Ulpianus in *l. 2. §. 1. ff. de suis & legit. hered. Agnati autem sunt cognati virilis sexus ab eodem orti.* Satis expressisse se putavit, agnatos esse masculos conjunctos inter se per masculos, verbis illis *virilis sexus*, quia cum eo tempore feminæ ratione Voconiana, ut supra exposuimus, excluderentur a successione, satis erat qualitatem masculini sexus exprimere ad demonstrandum masculos ex masculis, quia feminæ nullum jus habebant in successione, adeoque non debebant se masculis intermiscere. Justinianus autem *in §. 1. de legit. agnat. tut.* & in *§. 1. de legit. agn. succes.* cum id temporis feminæ non arcerentur a successione, definivit, agnatos esse cognatos per virilis sexus personas cognatione conjunctos. Necessarium existimavit exprimere conjunctionem per masculos, ne intermisceretur aliqua femina. Ita quoque Callistratus in *l. liberorum 220. ff. de V. S.* describit liberos, quasi non contineantur eorum appellatione descendentes ex feminis, cum tamen certum sit, eos quoque contineri, *l. cognoscere §. 1. ff. eodem.* quia scilicet refert definitionem ad successionem XII. tab. Ibi: *hos enim omnes suorum appellatione lex duodecim tabularum comprehendit*: lex autem duodecim

decim tabularum excludebat descendentes a feminis, cum neque sui essent, neque agnati.

His omnibus quæ diximus recte consideratis, apparet, utramque sententiam lubricam esse ac periculosam: eamque solam esse approbandam, quæ testatoris voluntate fulciatur.

---

## CAPUT XXVIII.

*De ead. quæstione.*

### SUMMARIUM.

I *Ea opinio recipienda, quam conjecturæ & veritatis similitudo confirmaverit.*

II *Affirmativam pro regula statuentes falso putarunt tantum valere Fulgosii auctoritatem, quantum legis præscriptum.*

III *Verbum generale tam proprie refertur ad genus infimum, quam ad summum.*

IV *Et magis proprie interpretatur verbum* masculos, *qui illud accommodat masculis ex masculis. Et ad hanc interpretationem quælibet conjecturæ sufficiunt.*

V *Exemplis amplissimi nominis* liberorum *a veteribus restricti.*

VI *Item verbi* filiorum, *modo ampliati, modo restricti.*

VII *Et nominis* familiæ.

VIII *Si testator vocet masculos vel quia feminæ sunt finis familiæ, vel quia sexum masculinum dilexit præ feminino, validissima conjectura est ad excludendos masculos ex feminis.*

IX *Nomine generis usurpato, plerumque ea sola species significatur, quæ inter alias aliqua ratione præstet.*

X *Unusquisque habet affectionem erga familiam propriam vel heredis instituti.*

XI *Publica & privata utilitas exigit, ut masculi ex masculis præferantur masculis ex feminis.*

XII *Prudentissimi populi a feminis progenitos a successione excluserunt.*

1 CONtroversia, de qua in utramque partem in superiore disputavimus, adeo in proclivi, ut quamcumque sententiam apprehenderit, facillime possit elabi. Quo efficitur ut paulo momento in hanc, vel illam partem impelli debeamus: & in eam opinionem propendere, quam conjectura voluntatis testatoris quomodocumque nobis indicaverit. Quamobrem a veritate longissime arbitror aberrare eos, qui secundam sententiam adeo mordicus tenent, ut statuant contrariam sequendam non esse, nisi urgeamur vehementissimis conjecturis, quæ in alium sensum detorqueri non possint. Ego contra sentio, prudentem Judicem in eam opinionem venire debere, quam leves etiam conjecturæ, & veritatis similitudo confirmaverit. Nam quæ sunt in lubrico, quolibet impulsu incitata labuntur. In lubrico autem utramque opinionem esse, in superiore demonstravimus.

Duobus erroribus, ut mea fert opinio, sunt imbuti. Primus est, quod hanc 2
sententiam tamquam regulam juris a Lege præscriptam obfirmare defendunt: tantumque apud ipsos Fulgosii valet auctoritas, quantum Legis præscriptum. Sed nusquam id in jure nostro traditum, ut in superiore diximus, & contrarium potius est constitutum, ut infra dicemus: & Fulgosius opinionem suam non pro certa, stabilique sententia venditavit, sed multis facti adminiculis in causa, quam defendebat, fulcire, & confirmare curavit; & ad extremum clientes suos hortatus est ad concordiam: adeo hanc sententiam lubricam esse existimavit. Consecutis vero temporibus, post acerrimas DD. contentiones, invaluit apud quamplurimos ejus opinio, & contraria, quæ olim apud doctissimos ac celeberrimos Jurisconsultos obtinebat, pene obsolevit. Quocirca etsi non putem omnino repudiandam Fulgosii auctoritatem, tamen pro lege habenda non est; & ab ea facile recedendum arbitror, quomodocumque contraria voluntas testatoris ostendatur, *l. Lucius Titius* 93. §. *quæsitum* 3. *ff. de leg.* 3. Agitur enim de re controversa & plena dissensionis inter doctos. Et pro certo sumi non debet, quod dubium est,

& controversum. Et voluntatis conjectura facile admittitur in fideicommissis, *l. cum proponebatur* 64. *ff. de leg.* 2. *l. quæsitum* 12. §. *sed & ipse* 43. *ff. de fund. instr.*

3 Alter error est, quod putant verba accipi improprie, & in aliena significatione, cum ea generatim prolata, non de genere summo, sed de genere infimo interpretamur. Verum non ita res est, sed multo secus. Verbum generale tam proprie refertur ad genus infimum, quam ad summum. Hoc verbum *animal* eadem proprietate sermonis comprehendit tam homines, simulque brutas animantes, quam solos homines, aut solas brutas animantes: nam vere ac proprie homines sunt animalia: itemque brutæ animantes: Imo si homines, aut brutæ animantes non essent vere ac proprie animalia, nec ipsum genus summum posset subsistere, & comprehendere duas hasce species, videlicet homines, & brutas animantes. Hoc amplius plerumque verbum generale magis proprie dicitur de genere infimo, quam de genere summo atque ultimo: atque, id solet usu venire, cum aliqua species supra alias omnes excellit. Jus civile est, quod quilibet populus sibi constituit: atque adeo genus est: proprie tamen dicitur de jure civili Romanorum, & ita semper in jure nostro usurpatur §. 1. *instit. tit. de jur. natur. gent. & civil.* Urbs quoque generale nomen est, & omnes Urbes, quæ usquam sunt, continet, cum ab urbo, id est, aratri curvatura, sit appellata, quo utebantur in designandis moenibus, *l. pupillus* 239. §. *urbs ff. de V. S.* quod & Servius *in primo Æneidum*, & Isidorus *lib.* 15. *orig.* confirmant: sed proprie dicitur de Urbe Roma, ut in *l. cætera* 11. §. *hoc Senatusconsultum* 6. *ff. de legat.* 1. *l.* 1. *ff. ad leg. Jul. de amb. l. relegatorum* 7. §. *constitutum* 15. *ff. de interd. & relegat. l.* 1. *in princ. ff. de off. præf. urb.* nec alia Urbs hoc nomine solet in jure nostro significari. Cognationis nomen continet cognationem naturalem, civilem, & naturalem & civilem simul, *l. non facile* 4. §. *cognationes ff. de grad. & affin.* Plerumque tamen nomine cognationis tertiam tantummodo speciem significamus, quæ utroque jure consistit: nam civilis cognatio, etsi plenissime cognatio sit, proprie tamen agnatio vocatur *d.* §. *in fin.* & servilis cognatio, licet ipsa quoque cognatio sit, tamen a jure nomine cognationis non solet comprehendi *l.* 1. §. *pertinet ff. unde cognati princ. tit. instit. de servil. cognat.* Ita etiam naturalis cognatio vix ultra matrem ac fratres pro cognatione habetur, *l.* 2. *ff. eodem.* Hoc amplius tertia species cognationis, seu genus, quod subjectas habet duas species, scilicet conjunctionem per masculos, & conjunctionem per feminas, magis proprie de hac secunda conjunctione solet usurpari *tot. tit. instit. de succ. cognat. & Novell.* 118. *in proœm. & in cap.* 4. Obligationis quoque nomen generale est, & tria genera subjecta complectitur: obligationem naturalem, civilem, & quæ utroque jure consistit, naturalem & civilem. Cum autem obligatio nominatur in jure, fere semper hoc postremum genus significatur, vix unquam alia duo genera indicantur, ut in *tot. tit. ff. & instit. de obligat.* adeo ut obligatio mera civilis, licet in §. *preterea instit. de except.* dicatur obligatio efficax, tamen in *l. si dari* 25. *ff. de V. O.* dicatur nulla. Itemque obligatio naturalis, quæ nulla dicatur in §. *preterea instit. tit. quib. mod. toll. oblig.* quoad multa efficax est & utilis, ut in *l. etiam* 6 *ff. de compens.* in *l.* 1. *in fin. ff. de novat.* in *l. naturales* 10. *ff. de oblig. & act. l. Stichum* §. *aditio ff. de solut. l. stipulatus* 6. *in fin. & l. fidejussor* 16. *ff. de fidejussor. l.* 5. *ff. de pignor. l.* 1. §. *debitum ff. de const. pec. & passim.* Itaque nomine obliga-

ligationis intelligitur obligatio naturalis & civilis, quia inter omnes excellit, & aliis est multo potentior; haud aliter descendentium masculorum appellatio duo habet genera subjecta: masculos descendentes a masculis, & masculos descendentes a feminis. Negari autem non potest prærogativam masculini sexus a testatore exoptatam in primo genere masculorum eminere, ac præpollere, & præponderare masculis secundi generis; cum in illis pura sit, & simplex de masculo in masculum sine ulla feminarum mixtura producta & propagata, ordine ac serie masculorum nunquam interrupta: in his vero, mixtura feminei sexus interjecta quodammodo corrumpatur qualitas masculini sexus feminis intermixtis Ergo magis proprie conveniunt verba *descendentes masculi* descendentibus per masculos, quam descendentibus per feminas, aut descendentibus masculis in genere summo.

4 His efficitur, non recedere a propria, atque usitata significatione verborum eum, qui illa accommodat masculis ex masculo, exclusis omnino masculis ex femina: imo eum magis proprie verba interpretari, quam qui utrumque genus comprehendit. Quod si verum est, ut certe verissimum est, non recedi a proprietate sermonis verba sic interpretando, quorsum necessariæ sunt tam vehementes conjecturæ, quales omnino requiruntur, ut recedamus a proprietate sermonis, & aliena interpretatione in alium sensum verba detorqueamus? Ego sane puto quamlibet veri similitudinem, quamlibet conjecturam sufficere, ut hanc interpretationem alteri anteponamus. Liberorum nomen generale est, & comprehendit omnes liberos, nepotes, & pronepotes, & cujuscumque gradus, & conditionis: itaque & adoptivos complectitur, *l.* 1. *in princ. ff. de bon. poss. contra tab. l.* 1. §. *liberos ff. si tab. testam. nullæ exstab.* & tamen in conditione *si sine liberis decesserit*, pro liberis non habentur, nec faciunt deficere conditionem ex quadam verisimili mente testatoris, *l. fideicommissum* 76. *ff. de cond. & dem.* imo & suscepti post deportationem quasi ex alio suscepti; licet ante deportationem concepti, licet postea edantur, faciunt deficere conditionem, *l. ex facto* 17. §. *ex facto ff. ad S. C. Trebell.* Naturales etiam liberorum nomine continentur, etsi fuerint in servitute suscepti, *l. Lucius Titius* 88. §. *Damæ in fin. ff. de leg.* 2. & tamen in superiore conditione, an contineantur, voluntatis quæstio esse dicitur, de qua ex dignitate, & conditione fideicommittentis judicandum est, *l. ex facto* 17. §. *si quis rogatus* 4. *ff. ad S. C. Trebell.*

Sed ad rem propius accedamus. Liberorum nomen etiam nepotes ex femina complectitur, *l. cognoscere* 56. §. 1. *ff. de V. S.* Ad excusationem tamen a tutela propter multitudinem liberorum numerantur solum descendentes ex masculis, sive masculi sint, sive feminæ, *l.* 1. §. *non solum D. de excus. tut.* Item immunitas concessa posteris, in perpetuum succedentibus durat, quia tam late patet posterorum appellatio, ut exposuimus in superiore *l.* 4. *D. de jure immun.* Ad eos tamen, qui ex feminis nati sunt, non pertinet *l.* 2. *in fin D eodem.* Rursus liberorum nomine etiam, qui in ventre sunt, continentur, *l. is cui* 18. *ff. qu. d. leg ced.* & tamen quod excusationem a tutela inter liberos non connumerantur, *l.* 1. §. *qui autem ff. de excus. tut.* Ex his intelligi datur, quam facile veteres amplissimum nomen liberorum restrinxerint. 5

Eadem facilitate nomen filiorum modo laxant, modo contrahunt, ejusque significationem modo latissimis, modo angustissimis terminis circumscribunt. Paulus in *l. filii* 84. *ff. de V. S. filii appellatione omnes liberos intelligimus.* Non potest latius extendi. Callistratus in *L.* 6

*libero-*

Digitized by Google

*liberorum* 220. §. *ult. ff. de V. S. filiorum appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, contineri.* Julianus in *l. justa* 201. *ff. eodem justa interpretatione recipiendum est, ut appellatione filii, sicuti filiam familias contineri sæpe respondebimus, ita & nepos videatur comprehendi.* Observanda sunt verba illa *justa interpretatione*, hac enim & verba dilatantur, & restringuntur. In *l. quæsitum* 12. §. *uxores* 7. *ff. de inst. vel instrum. leg.* hujusmodi extensionis causa affertur dura separatio. In *l. Senatusconsulto.* 59. *ff. de ritu nup.* Senatusconsulto, quo cautum est, ne tutor pupillam, vel sibi nuptam collocet, etiam nepos significatur. In *l. pen. in fin. C. ad S. C. Macedonian.* Senatusconsulti auxilium licet filii familias meminerit, & ad nepotes pronepotes porrigitur. Contra Ulpianus in *l. quid si nepotes ff. de testam. tut.* cæterum si filios dixit, non continentur nepotes: aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Iisdem fere verbis idem statuit Imperator in §. *ult. inst. tit. qui testamen. tut. dar. possint.* Multo angustius hoc nomen coarctabat Labeo, qui nec filium quidem libertinum nomine filii putavit comprehendi, cujus sententiam probat Javolenus, nisi appareat testatorem de hoc fuisse locutum, *l. ult. ff. de jur. de liber.*

7 Idem juris est in familiæ significatione, quæ in usu juris modo restricte, modo laxe accipitur. Quam late pateat, copiose explicatur tum in *l. pronunciatio* §. *familiæ* 195. *ff. de V. S.* tum in *l. ult. C. eodem*. Comprehendit enim & liberos homines, qui sunt ejusdem familiæ, & servos & libertos, & generum etiam ac nurum, *d. l. ult.* Fest. Pompejus. *Familiæ antea in liberis hominibus dicebantur, quorum dux, & princeps generis, pater, & mater fam. unde familiæ nobilium Pompiliorum, Valeriorum, Corneliorum: postea hoc nomine etiam famuli appellari cœperunt, permutata* I *cum* V *litera.* Et Ulpianus in *l. detestatio* 40. §. *familiæ ff. de V. S.* familiæ appellatione liberi quoque continentur. Contra in *l. pronuntiatio in fin. ff. eodem.* familiæ nomine soli liberi continentur. At vero in *l.* 2. §. *hæc actio* 14. *ff. vi bon. rapt.* soli servi comprehenduntur. In edicto Prætoris de publicanis familiæ nomen, & servos & liberos, qui sunt in ministerio publicani continet, *l.* 1. *in princ. juncto* §. *familiæ ff. de public. & l. sed & hi* 13. *ff. eodem*. In edicto autem de vi ad servos refertur *l.* 1. *in princip. juncto* §. *familiæ* 16. *ff. de vi & vi arm.* Item in edicto de albo corrupto, *l. si familia* 9. *ff. de jurisdict.* & in edicto de furtis, *l.* 1. *ff. si famil. furtum fec. dicat.* quod & ad damnum injuria datum extendit Cajus in *l. illud quæsitum* 32. *ff. ad l. Aquil.* Item in S. C. Sillan. *l.* 1. *ff. de S. C. Sillan.* Eadem significatio in *l. quod ait* 31. *ff. de nox. act.* Contra vero in legatis hoc verbo significabant personas liberas ejusdem nominis, seu agnationis, ut in *l. omnia* 32. §. *ult.* in *l. unum ex familia* 67. *fere per tot. in l. peto* 69. §. *fratre, &* §. *ult. ff. de leg.* 2. & in *l. filius fam.* 114. §. *cum pater* 15. *ff. de leg.* 1. & passim: Cum vero fideicommissum a patrono relinquitur liberto, familiæ nomine intelliguntur ejus liberti, quotquot fuerint, ut in *l. cum pater* 77. §. *cum inter* 28. *ff. de leg.* 2 Eadem quoque varietas est apud latinos auctores, qui hoc nomine varios sensus explicant. Familiam pro servis, & libertis dixit Cicero pro Sext. Rosc. cap. 8. *Tamen in tanta felicitate nemo potest esse in magna familia, qui neminem, neque servum, neque libertum improbum habeat:* & infra cap. 46. *Familiam vero quantam, & quam variis cum artificiis habeat, quid ego dicam? Mitto hasce artes vulgares, coquos, lecticarios: animi & aurium causa tot homines habet, ut quotidiano cantu vocum, & nervorum, & tibiarum, no-*

*ctur-*

Digitized by Google

*ctarnisque conviviis tota vicinitas personet*. Corn. Nep. in vita Pomponii Attici *cap.* 13. *Usus est familia, si utilitate judicandum est, optima: si forma, vix mediocri*.

Familiam pro stirpe generis accepit idem Cicero in orat. pro Rabir. Post. *cap.* 1. *Cum sit hoc generi hominum prope natura datum, ut, qua in familia laus aliqua forte floruerit, hanc fere, qui sunt ejus stirpis, cupidissime persequantur.* & pro Muren. *cap.* 7. *Sin autem sunt amplæ & honestæ familiæ plebejæ; & proavus L. Murenæ, & avus, prætores fuerunt, & pater, &c.* Non minus variant in numero personarum. Nam Paulus *lib.* 5 *sent. tit.* 6. §. 5. *Familiæ autem nomine etiam duo servi continentur*, Contra Ulpian. in *l.* 1. §. *familiæ ff. de vi, & vi arm. Familiæ autem appellatio servos continet: sed quæritur, quem numerum servorum contineat, utrum plurium, an vero duorum, vel trium: sed verius est in hoc interdicto, etiamsi unus servus vi dejecerit, familiam videri dejecisse*. Hæc duo responsa eleganter conciliari possunt verbis Ciceronis in orat. pro A. Cæcin. *cap.* 19. *Quid enim facilius est, quam probari iis, qui latine sciant, in uno servulo familiæ nomen non valere?* & deinceps. *Si ad rem judicandam verbo ducimur, non re: familiam intelligamus, quæ constet ex servis pluribus; quin unus homo, familia non sit. Verbum certe hoc non modo postulat, sed etiam cogit. At vero ratio juris interdictique vis, & prætorum voluntas, & hominum prudentium consilium, & auctoritas, respuat hanc defensionem, & pro nihilo putet*: & deinde: *Ut servos non numero distinguant, sed appellent uno familiæ nomine.* Reliqua exempla, quæ passim occurrunt in jure nostro, silentio prætermitto, in quibus nomen generis summi aptatur subjecto generi, & ad ipsum restringitur. De his enim supra diximus luculenter, ubi de verborum generalium interpretatione satis copiose disputavimus, quæ si huc transferantur, dilucide apparebit, quam faciles esse debeamus ad coarctandam masculorum vocationem ad masculos ex masculis. Atque hoc eo facilius in proposita controversia est admittendum, quod eo ducunt omnes conjecturæ.

Prima est, quæ, ni fallor, egreditur 8
conjecturæ terminos, quod aut testator ad excludendas feminas, & vocandos masculos adductus est ea de causa, quia feminæ sunt finis familiæ: aut quia sexum masculinum præ femineo dilexit. Si primum; explorati juris est, exclusos esse masculos ex feminis: quia ipsi non solum sunt caput, & finis familiæ, ut est femina eorum mater, *l. pronuntiatio* 195. *in fin. ff. de V. S.* sed etiam sunt prorsus familiæ alienæ: mater enim licet sit caput, seu origo alienæ familiæ, non tamen est in familia aliena, filius vero est in aliena familia, & particeps non est ejus familiæ, cujus est mater: ergo si mater hac de causa fuit exclusa, multo magis ejus filius. Si vero secundum; pariter verosimile est, testatorem eum excludere voluisse: nam licet & in ipso insit qualitas sexus masculini, quam testator unice dilexit; tamen ea magis eminet in masculis ex masculo, cum in his merus sit, & purus sexus masculinus, in illo vero sit feminæ admixtione concretus: adeoque præsumi debet, hunc sexum masculinum merum, & purum, & supra alium excellentem magis fuisse dilectum a testatore. Præterquam quod si testator sexum masculinum dilexit, amoto penitus feminino, quid rei est, cur putemus, eum dilexisse solum in generato, non autem in generante? Plane series illa continuata descendentium masculorum, quam testator prædilexit, luculenter demonstrat, eum habuisse affectionem erga masculos non interrupto ordine sibi succedentes: & sicut voluit fideicommissum progredi sem-

semper de descendente in descendentem, ita verisimile est, eum voluisse omnes illos descendentes habere annexam qualitatem sexus masculini, ita ut de masculo in masculum progrediatur, nulla femina intermixta, quæ continuam illam seriem & ordinem masculorum interrumpat.

9 Neque me movet, quod etiam masculi ex feminis sint vere masculi, adeoque proprie contineantur ipsi quoque masculorum appellatione. Etenim, ut supra demonstratum est, quoties genus, plura genera inferiora, aut species subjectas habet, inter quas una aliqua eminet, aut aliqua ratione vel affectione disponentis præcellit & prævalet aliis, plerumque ea sola significatur, licet nomen generis fuerit usurpatum. Ecce: legitima hereditas est tam ea, quæ ex testamento, quam ea, quæ obvenit ab intestato: nam ea quoque quæ testamento datur, lege, ac jure nobis obvenit *l. lege obvenire* 130. *ff. de V. S. l.* 1. *ff. de petit. hered.* Verumtamen quia hæc a lege confirmatur, illa ab ipsa lege datur; ac propterea in illa prævalet qualitas legitima, fere semper nomine legitimæ hereditatis intelligimus hereditatem ab intestato, *l. item veniunt §. licet autem ff. de petit. hered. l. in arenam* 11. *C. de inofficioso testam. l.* 2. *C. de Carbon. ed. tot. tit. instit. de legit. agn. succ. & ubique passim.* Nomen quoque institutionis continet & institutionem primi heredis, & institutionem secundi heredis, hoc est, substitutionem, *l. mulier* 20. *§. ult. ff. de cond. instit. & l. Lucius Titius* 53. *in fin ff. de hered. inst.* & tamen nomen institutionis simpliciter & absolute pronunciatum de institutione primi gradus fere semper accipitur *d. l. Lucius Titius in fin. & in tot. tit. ff. de hered. instit.* in quo semper agitur de institutis primo gradu: nam de institutis secundo gradu, hoc est, substitutis agitur in *titul. de vulg. & pupill.* Amplius dico, heredis nomen valet in quocumque genere heredum, & tamen si pater dixerit: *quisquis mihi heres erit, idem impuberi filio heres esto*: non omnis, qui patri heres extitit, sed is, qui ex testamento heres extitit, substitutus videtur: & ideo neque pater, qui per filium, neque dominus, qui per servum extitit, ad substitutionem admittetur, neque heredis heres *l. qui liberis* 8. *§. ult. ff. de vulg. & pup.* Quid ita? an non adjectum est signum universale, *quisquis*, quod omnes omnino heredes comprehendit? sic sane; sed affectio testatoris restringit genus, & signum universale, ad eum solum heredem, qui venit ex judicio testatoris *d. l. in fin.* Haud aliter, qui jussus est heredi dare, non debet dare heredis heredi *l. sub diversis in fin. ff. de cond. & dem.* licet heres heredis sit heres testatoris *l. ult. vers. & hoc C. de hered. instit.* nec potest dari heredi, cui ex Trebelliano restituta est hereditas *l. qui heredi* 44. *§. cum hereditas ff. de cond. & dem.* Fortius urget text. in *l. ex facto* 17. *in fin. ff. ad S. C. Trebell. si quis ita fideicommissum reliquerit*: fidei tuæ, fili, committo, ut si alieno herede moriaris, restituas hereditatem Sejo: *videri eum de liberis sensisse Divus Pius rescripsit.* Avunculus certe non est alienus heres, & tamen hic pro alieno habetur, sicut & frater, & alii vel proximi agnati. Scilicet propter præsumptam affectionem testatoris erga liberos, hi Sejo postponuntur, qui fortasse erat extraneus.

Confirmatur superior conjectura, alia 10
conjectura, seu potius argumento validissimo. Unusquisque habet singularem affectionem erga propriam familiam, vel heredis quem instituit: sed descendentes a femina sunt extra familiam, sunt alieni, ergo non præsumuntur vocati. Alieni dicuntur etiam proximi agnati quoad extraneum ex laudata *l. ex facto*: ergo multo magis masculi ex femina quoad masculos ex masculo: hi enim sunt

sunt agnati & ejusdem familiæ: illi cognati, & familiæ alienæ, *l. pronunciatio* 195. *in fin. D. de V. S.* Atque, ut hunc locum diutius urgeam, observo Modestini responsum in *l. cum ita legatur* 32. *§. ult. D. de leg.* 2. Nomen familiæ varie lateque patet, ut modo dicebamus: & tamen fideicommissum familiæ relictum restringitur ad eos, qui sunt ejusdem nominis: ergo multo magis nomen masculorum, quod non tam varie neque tam late patet, restringi debet ad masculos ejusdem nominis, ac familiæ. Neque hoc leges abhorrent: nam Justinianus in *§. cæterum instit. tit. de legit. agnatorum success.* masculorum nomine semper intelligit agnatos: & Scævola in *l. Gallus §. & videtur primum* 12. *D. de liber. & post.* descendentes masculos ex masculis dicit esse omnes virilis sexus: Et Ulpianus in *l.* 2. *§. agnato D. de suis, & legit. hered. Agnati sunt cognati virilis sexus ab eodem orti.* Satis expressisse conjunctionem per masculos putavit illis verbis, *virilis sexus.*

11 Denuo confirmatur animadvertendo, quod testator ad feminas excludendas, & vocandos solummodo masculos adductus est aut propter publicam, aut propter privatam & propriam utilitatem. Publica utilitas exigit, ut familiæ conserventur, earumque splendor per facultates & opes augeatur; idque certissimum esse nostri legislatores existimaverunt, ac propterea vocarunt agnatos, cognatis exclusis, & suos heredes, exclusis aliis liberis, *tot. tit. instit. de hered. quæ ab int. & de legit. agn. succ.* Et licet Justinianus feminarum fautor, & patronus hanc politicam rationem reprobavit: tamen subsequentes legislatores omnium fere civitatum, veterum vestigia suis statutis sunt persecuti. Privata quoque utilitas idem exigit, cum nostra intersit, nobisque expediat, familiæ nostræ splendorem conservari & amplificari, idque prudentes semper desiderent. Quod in casu nostro prudens testator ostendit excludendo feminas, adeoque etiam a feminis progenitos: satis enim absurdum est, ipsa origine sublata, ejus imaginem derelinqui, ut ait Imperator in *l. unic. in princ. C. de Lat. libert. toll.*

12 Postremo sic interpretando mentem testatoris, prudens ejus consilium animadvertitur, ut loquitur Scævola in *l. Lucius* 85. *in fin. D. de hered. instit.* Maximo argumento est, quod omnes populi, qui prudentia supra cæteros excelluerunt, a feminis progenitos exclauserunt a successione. De Romana Rep. satis constat, qua regendæ civitatis scientia, & administrandi prudentia nulla excellentior, quæ publice expedire putavit, ordinum dignitatem familiarumque salvam esse, *l.* 1. *§. Sed etsi* 13. *ff. de inspic. ventre.* Non aliter apud Athenienses populum prudentissimum *ἄρρενες ἐξ ἀρρένων* masculi ex masculis vocabantur: luculenter hoc jus successionis masculorum ex masculis exponit Demosthenes *orat. in Macartatum & orat. in Leocharem*, & Isæus *in orat. de heredit. Apollodori & de hered. Hagniæ.* Quid multa? Deus ipse, audita querela filiarum Salphaad, precantium, ne nomen & familia patris extingueretur, respondit Moysi: justam rem postulant filiæ Salphaad: legemque posuit, ut filiæ quidem deficientibus filiis masculis succederent: omnes tamen cognatos materni generis amovit a successione, *Numer. cap.* 27. 6. *& seqq. & ibi Grotius.* Quid igitur argumenti est, aut rationis, quamobrem ab interpretatione plena consilii atque prudentiæ recedamus?



Digitized by Google

## CAPUT XXIX.

*De conjecturis præced. quæſtion.*

### SUMMARIUM.

I *Contemplatio agnationis eſt probatio evidens excluſionis deſcendentium feminarum.*
II *Ad excludendos feminarum deſcendentes ſufficit, qualitatem maſculinam ex maſculo requiſitam eſſe in filiis & nepotibus heredis inſtituti.*
III *Ab aliis legatis antecedentibus vel conſequentibus ducitur conjectura ad interpretandum legatum.*
IV *Poſthuma comprehenditur in legato filiarum, ſi in aliqua teſtamenti parte poſthumæ mentio facta ſit.*
V *Incongruens eſt, ut verbum in una parte laxius, in alia ſtrictius intelligatur; & n.* VI. VII. VIII.
IX *Juxta opinionem contrariam poſſet evenire, ut remotior ad ſucceſſionem admitteretur, proximiore excluſo.*
X *Triplex vocatio maſculorum ex maſculis non eſt neceſſaria ad excludendos maſculos ex femina.*
XI *Vocatis filiis maſculis cujuſdam, & eorum deſcendentibus maſculis, excludi deſcendentes feminarum.*
XII *Maſculi ex feminis in una linea excluſi, in alia quoque excluſi cenſentur.*
XIII *Idem eſt, ſi expreſſe excludantur in parte conditionali.*

1 LUbrica ſane, & pericnloſa quæſtio eſt de admittendis, vel excludendis deſcendentibus feminarum: adeo ut in quamcumque partem inclinaveris, facile inde retrahi poſſis. Quamobrem in ſuperiore demonſtravimus, ſolas conjecturas ſufficere, eaſque non admodum graves, ut a communi ſententia retrahamur, & ad contrariam inclinemus. Quidam potiſſimam conjecturam eſſe arbitrantur, quæ ducitur ex contemplatione agnationis. Sed hæc non eſt ſimplex conjectura: verum evidens, & potentiſſima probatio, quæ neceſſariam affert conſecutionem. Nam ſi agnati ſunt cognati, qui per virilis ſexus perſonas junguntur, *§. 1. inſtit. tit. de legit. agnat. tut. §. 1. de legit agnat. ſucceſ. l. ſunt autem 7. ff. de legit. tutor. l. non facile 4. §. 1. & 2. l. juriſconſultus 10. §. 2. & 4. ff. de grad. & affin.* conſequens eſt, eum, qui voluit vocare ad ſucceſſionem agnatos, voluiſſe excludere deſcendentes feminarum, qui agnati non ſunt, ſed cognati.

Ergo firmam, & indubitatam conjecturam, quæ ſola ſufficiat ad excludendos feminarum deſcendentes, eſſe arbitror: ſi teſtator initio maſculum vocaverit, & deinceps ejus filios maſculos, & ex eis deſcendentes maſculos in infinitum. Nec dubito, in cæteris deſcendentibus a teſtatore fuiſſe requiſitam eamdem qualitatem maſculinam, quæ fuit requiſita in filiis & nepotibus: nempe ut ſint maſculi ex maſculis. Quamvis enim hoc verbum *maſculi* in lata ſignificatione, ac tota ſui amplitudine comprehendat etiam maſculos ex feminis: tamen in propoſito exemplo reſtringitur ex antecedentibus, facta collatione ad ſtrictam ſignificationem, in qua proxime fuit uſurpatum. Atque hæc eſt recta, & a legibus approbata, & ratione confirmata interpretatio. Ex antecedentibus enim, & conſequentibus elicitur ſententia ſcribentis, & emergit veritas, obducta ambiguitate verborum, *l. heredes 21. §. 1. verſ. ſed etſi notam ff. qui teſtam. fac. l. quæſitum 12. §. Papinianus quoque 45. ff. de inſtr. vel inſtrum. l. nummis 75. in fin. ff. de leg. 3.* 2

3 L. Probatur ex *l. ſi ſervus plurium 50. §. ult. D. de leg. 1.* ubi ſi numerus nummorum legatus ſit, nec appareat, de quibus nummis ſenſerit teſtator, earum, quæ præcedunt, & quæ ſequuntur, ſummarum ſcripta ſpectanda ſunt. Dicitur hic conjectura ab aliis legatis, quæ vel antecedunt, vel ſequuntur: quanto magis ſi in eodem legato, eademque periodo, eademque conceptione verborum teſtator declaraverit, de qua ſpecie ſenſerit?

4 II. Idem Ulpianus in *l. qui filiobus*

*bus 17. in princ. D. de leg. 1. Qui filiabus legavit, si mentionem aliqua parte testamenti posthumæ fecit, videtur in filiarum legato, & de posthuma sensisse*. Filiorum nomen etiam posthumos comprehendit, quia in his, quæ ad commodum eorum pertinent, pro jam natis habentur, *l. qui in utero 7.* & rursus, *l. qui in utero 26. D. de stat. hom. l. cum quidam 30. §. 1. in fin. D. de acquir. vel om. hered.* & ideo, qui filiis tutorem dat, etiam posthumis dedisse videtur, *§. cum autem 4. inst. tit. de tutel. §. ult. inst. tit. qui test. tut. dar. pos. l. nomen filiarum 164. D. de V. S.* Sed in legato relicto filiabus non continetur posthuma, quia legatum relinquitur ob meritum, *l. nec adjecit 9. D. pro soc.* nec ullum meritum considerari potest in eo, qui nondum est in rerum natura; sicut nec demeritum, *l. si quis suo 33. in fin. C. de inoff. testam.* Quare non videtur testator de posthuma cogitasse: sed si aliqua testamenti parte posthumæ fecerit mentionem, de ea cogitasse conjicit Jurisconsultus. Et sic ducitur conjectura ab alia parte testamenti: quanto magis credendum est, testatorem cogitasse de masculis ex masculis, si in eadem parte, eademque dispositione de illis disposuerit, masculos ex masculis vocando. Idem traditum in *l. quæsitum 12. §. Papinianus quoque, antepenult. D. de fund. instr.* Ibi: *nisi ex alia parte, & de servis eum cogitasse apparuerit*.

Idem in *l. nummis 75. in fin. D. de leg. 3.* nummis indistincte legatis, illi legati videntur, qui ex contextu testamenti possunt apparere legati. Idem in *l. qui non militabat, 288. §. 1. in fin. D. de hered. inst.* Ibi: *quod veteres nummis Titio legatis, nummorum specie non demonstrata, ceterorum legatorum contemplatione receperunt*.

Hæc igitur est norma juris, hæc regula minime fallax, ad quam omnis interpretatio voluntatis est dirigenda, ut verba intelligamus, & exponamus secundum intelligentiam, sensumque testatoris. Intelligentia autem, sensusque testatoris certo deprehenditur ex aliis locis, in quibus eadem verba testator usurpavit. Quod si in eadem dispositione, eademque periodo, eorumdem verborum conceptione, qua in significatione verbum aliquod acceperit testator, appareat; nulla est controversia, quin semper in eadem significatione verbum illud pluries a testatore repetitum, sit accipiendum.

III. Concurrit eodem & illa omni- 5
bus nota, ac pervulgata regula: quod determinatio respiciens plura determinabilia, ea pari modo determinat, *l. jam hoc jure 4. §. sed si alter D. de vulg. & pup.* Ibi: *quia incongruens est, ut idem verbum in altero duplicem, in altero unicam contineat substitutionem*. Incongruens igitur est, ut idem verbum *masculi* in filiis, & nepotibus contineat solum masculos ex masculis; in aliis autem descendentibus contineat tam masculos ex masculis, quam masculos ex feminis. Sed quam vim, quod pondus habeat hæc regula, & quando obtineat, suo loco diligenter expendimus, unde petenda sunt ea, quæ huc pertinent.

IV. Sed omissis generalibus probatio- 6
nibus, speciatim id probatur auctoritate Pauli in *l. nam quod liquidum §. ult. ff. de penu leg. Si ita scriptum sit: omnem penum præter vinum quod Romæ erit: sola penus, quæ Romæ est, legata videtur; & ita Pomponius lib. 6. ad Sabinum scribit.* Restrictio illa *quod Romæ erit* licet adjecto sit solummodo vino, tamen restringit etiam penum adeo, ut legato contineatur solummodo penus, que Romæ erit.

V. Confirmat idem Paulus in *l. Sejæ 7*
*29. §. Gajo Sejo ff. de instr. vel instrum.*



Digitized by Google

*leg. Gajo Sejo alumno meo fundos meos illum & illum, ita ut instructi sunt, & domum superiorem dari volo: quaesitum est, an etiam domum instructam dari voluerit: respondit, secundum ea, quae proponerentur ita videri dedisse, nisi is a quo peteretur, aliud testatorem sensisse manifeste doceret.* Observa, quod onus probandi contrarium incumbit heredi, qui non solum contrarium debet probare, sed id manifeste docere debet.

8 VI. Fortius urget Proculi & Labeonis auctoritas in *l. ult.* §. 1. & 2. *ff. de trit. vin. & ol. leg. Cui dulcia legata essent, si nihil aliud testamento significetur, omnia haec esse legata, mulsum, passum, defrutum, & similes potiones: item uvas, ficus, palmas, caricas.* Ergo legato dulcium, non solum ea continentur, quae potui sunt, sed etiam, quae esui. Subdit tamen Proculus: *quod si ita esset legatum: vinum amphorarium, Aminaeum, Graecum, & dulcia omnia: nihil inter dulcia, nisi quod potionis fuisset, legatum putat Labeo, quod non improbo.* Nomen dulcium, quod est generale, comprehendens non solum potiones, sed etiam esculenta, restringitur ad solas potiones ex sola vini collatione, quod antecedenter fuit legatum. Nec impedit hanc restrictionem verbum illud adjunctum *omnia*, quod est universale, & videri potest adjectum ad comprehendenda non solum potui destinata, de quibus mentionem fecerat, sed etiam esui. Quanto magis igitur in casu nostro, in quo nullum verbum universale fuit adjunctum; neque enim dixit testator *omnes descendentes masculos*: quod etsi adjecisset, tamen ex hac lege facile probaretur, non comprehendi masculos ex feminis, facta collatione masculorum ex masculis, qui antea vocati fuerunt. Maxime quia verbum illud, *omnes*, adjectum est descendentibus, non vero masculis: itaque significat admittendos quidem esse omnes descendentes, dummodo tamen habeant illam qualitatem, quam in primo vocatis desideravit testator: videlicet, ut sint masculi ex masculis.

VII. Si cum adversariis sentiamus, 9 sequitur, ut pronepos ex nepte excludat nepotem ex filia primo vocati: quo nihil ineptius aut absurdius dici potest, aut existimari. Fingamus enim, Titium primo substitutum, praeter filios masculos etiam filias feminas post se reliquisse: & ad hereditatem ex substitutione concurrere nepotem ex filia, cum pronepote ex nepte. Utique nepos ex filia ad hereditatem admitti non potest, quia testator instituit Titium, & ei substituit filios masculos, & ex eis descendentes masculos: quamobrem nepos ex filia Titii non potest succedere, quia non descendit a filiis masculis: contra pronepos ex nepte succedet eo excluso, quia est masculus, & a filiis masculis descendit. Quis autem adeo bardus sit ac stupidus, ut putet testatorem voluisse excludere nepotem proximiorem, & ex filia sibi bene cognita natum: eique anteferre pronepotem remotiorem, genitum ex nepte sibi plerumque incognita; atque adeo minus dilectum anteponere magis dilecto: imo alterum omnino excludere, alterum vero admittere? sane id verisimile non est: & quod verisimile non est, in interpretanda voluntate testatoris rejiciendum est, *l. Publius* 36. *in fin. D. de cond. & dem.* Imo est omnino absurdum, ut diximus, & quod absurdum est, nulla lex probat, *l. filiusfam.* 114. §. *sed si Titii* 4. *ff. de leg.* 1. *l.* 1. §. *si pater* 6. *ff. de conjung. cum emanc. liber. l. si in diem* 46. *ff. de cond. & dem. l.* 1. §. 1. *ff. de servo corrup. l. depositi* 38. §. *Stichum in fin. ff. de pecul. l. quid tamen* 21. §. *sed si* 11. *in fin. ff. de rec. arbitr. l. libertus* 36. *ff. de bon. lib. l sive hereditaria* 22. *in fin. ff. de negot. gest. l. ait praetor* 7. § *quid sit D. de jur. delib.* Et si, quod verisimile est, ab eo, quod verba

Digitized by Google

ba sonant, discrepare videatur; potius id quod verisimile est, quam quod verba sonant, probandum est: laudata *l. Publius 36. in fin. D. de cond. & dem.* in qua ad rem nostram deciditur, verisimile non esse, quod testator voluerit plus habere secundo loco substitutum, quam substitutum primo loco, quem magis dilexit.

Nec mutat, quod idem eveniat, exclusis descendentibus feminarum, quia illi quamvis proximiores excluduntur omnino a remotioribus masculorum descendentibus. Frigidum enim est, & futile hujusmodi argumentum: quia testator non solum non dilexit ex æquo descendentes masculorum, & feminarum: sed hos ne dilexit quidem cum eos non vocaverit ad hereditatem. Dilexit masculos ex masculis, dilexit familiam substituti, qua non continentur descendentes feminarum, *l. pronunciatio 195. in fin. & l. seq. in fin. D. de V. S.*

10 His probe constitutis, quæ nulla cujusquam auctoritate convelli possunt, apparet, falsam esse opinionem eorum, qui putant triplicem vocationem masculorum ex masculis esse necessariam: videlicet ut vocati sint filii masculi ejus, qui primo loco substitutus est, & deinceps nepotes masculi, & eorum descendentes masculi. Quorsum hæc toties repetita masculorum nominatio sit necessaria, non intelligo, cum argumenta, quæ modo congessimus, perspicue probent, etiam duplicem vocationem excludere masculos feminarum descendentes.

11 Nec illud probo, quod quidam docti definierunt, non excludi descendentes feminarum, si vocati fuerint filii masculi alicujus certæ personæ, & eorum descendentes masculi. Nam contrarium suadent omnia fere argumenta, quibus sententiam nostram supra confirmavimus. Sed nostros Jurisconsultos in errorem induxit falsa opinio, quam in superiore confutavimus argumentis nihil dubii relinquentibus, quod ad excludendos masculos ex feminis requirantur conjecturæ certæ, atque indubitatæ, quæ rem oculis subjiciant.

Secunda conjectura ad excludendos feminarum descendentes, efficax est, ut mea fert opinio: si testator duas lineas substituerit, & in prima vocaverit masculos, ita ut appareat, eum exclusisse masculos ex feminis: nam tunc etiam in secunda linea, quæ deinceps est substituta, masculos ex feminis exclusos esse censerem: quia constat masculorum nomine testatorem indicare voluisse masculos ex masculis; & de his solis cogitasse: hos tantummodo in mente habuisse. Ad hoc probandum adduci possunt pleraque ex superioribus argumentis: maxime vero responsum Ulpiani in *l. qui filiabus 17. ff. de legat.* 1. quo soso hæc controversia deciditur. 12

Confirmari etiam potest alio gravissimo argumento. Nam si in linea primo vocata, quam testator prædilexit, excluduntur masculi ex feminis: multo magis verisimile est, eos exclusos fuisse in linea secundo loco substituta, quam testator minus dilexit, & primæ posthabuit, *l. Publius 36. in fin. ff. de condit. & demonstr.*

Item si in secunda linea admitterentur masculi ex feminis, illud eveniret, quod masculi ex feminis hujus lineæ, quam minus dilexit testator, minus honoravit, primæ postposuit, excluderent masculos ex feminis primæ lineæ, quam testator magis dilexit, magis honoravit, huic anteposuit: quod utique verisimile non est. Substitutus enim non debet esse melioris conditionis, quam institutus: nec plus habere secundo loco vocatus, quam vocatus primo loco, *l. Publius 36. §. 1. ff. de cond. & dem.* ubi JC. propter hanc conjecturam recedit a verborum significatione. Ibi: *& verba quidem videntur repræsentare fideicommissum: sed non est verisimile, ut maturius testatrix*

*trix voluerit ad substitutos id transferre*. Item paulo ante: *Etenim videri contra voluntatem testatricis, repræsentationem fideicom. desiderari, ut amplius ad substitutos perveniat, quam ad puerum pervenire potuisset.*

13 Tertia conjectura duci potest a parte conditionali: Testator instituit Cajum, eique substituit ejus filios masculos, & ex eis descendentes masculos in infinitum. Deinde subjecit aliam substitutionem his verbis: *Deficiente prorsus linea masculorum ex masculis Caji, substituo Titium, ejusque filios masculos, & ex eis descendentes masculos in infinitum.* Prima substitutio seu institutio Caii nihil habet dubitationis, quin vocati fuerint ejus descendentes masculi ex masculis, exclusis semper descendentibus ex feminis, cum ipse testator perspicue id declaraverit in adjecta conditione: ac propterea opus non est confugere ad conjecturas: clara enim est & certa mens testatoris. De substitutione etiam Titii vix ulla potest esse controversia, cum in superiore, & antecedente conditione testator exposuerit, qua in significatione nomen masculorum expresserit, & dilucide ostenderit, se nomine masculorum comprehendisse solummodo masculos ex masculis. Talis enim scriptura non solum ad præcedentem substitutionem pertinet, sed ad omnem, quæ in eo testamento scripta fuerit, extenditur: ut ait Ulpianus in *l. talis scriptura* 30. §. *ult. ff. de leg.* 1. prætercuam quod verba semper interpretanda sunt secundum mentem testatoris ea proferentis, *l. cum quidam* 21. *ff. de legat.* 2. *l. cum de lanionis* 18. §. *item cacabos* 3. *versic. optimum ff. de instr. l. instrum.* maxime in fideicommissis *l. fideicommissa* 11. §. *si quis certam l. quisquis* 95. *ff. de leg.* 3. *l. heredes mei* 57. *ff. ad S. C. Trebell. l. pen. ff. de leg.* 1. *l. cum virum C. de fideic.*

Reliquas conjecturas, quæ a nostris afferuntur, prætermittimus; facile enim de illis judicium ferre poterit, qui hactenus a nobis exposita accurate perpenderit, & infixum animo tenuerit, quod in superiore demonstravimus, in eam sententiam, quæ favet masculis ex masculis, propensos nos esse debere: non autem ab ea, ut plerique, sine ulla ratione faciunt, abhorrere.

---

## CAPUT XXX.

### *Ad L. cum quid. 3. ff. de reb. cred.*

### SUMMARIUM.

I *Scribendi occasio.*

II *Quod a lege constitutum est, aut est de natura actus, nihil refert, ut exprimatur. &* n. III.

IV *Verissima regula: eadem vis expressi, ac taciti: plures habet exceptiones.*

V *Quod lex præcipit expresse fieri, si tacite fiat, inutiliter fit.*

VI *Si repugnet natura actus, qui expressum respuat non tacitum, expressum nullam vim habet. Exempla &* n. VII. VIII. XIV.

IX *Si tacitum & expressum dissimilia contineant, eamdem vim non habent.*

X *Conditio* cum volueris *differt a conditione* si voles.

XI *Tempus incertum differt a conditione.*

XII *Verba* si æstimaveris *differunt a verbis* si volueris.

XIII *Si Verba ex legis interpretatione diversum quidpiam contineant, tacitum & expressum, non habent eumdem effectum. Exempla &* n. XIV. XV.

EST omnium Jurisconsultorum sermone celebratum: *taciti & expressi eadem virtus est*: quod tamquam axioma certissimum hujus auctoritate legis enuntiant. Sed ejus interpretationem, rationemque nec explicate, nec distincte explanant, imo ampliationum, & limitationum involucris obscurant & obruunt, & obscuris dilucida, vera falsis involvunt. Ego quantum potero, cuncta distincte, illuminate, abundanter explicabo. 1

Quo-

2 Quotiescumque aliquid aut a lege fuit constitutum, aut est de natura actus, qui geritur, nihil refert utrum disponens illud exprimat, an tacitus omittat. Lex enim id præcipit etiam præter voluntatem hominis, nec indiget expresso ejus consensu, sed sui ipsius nititur auctoritate, *l. 2. & l. legis virtus D. de legib.* Quod autem est de natura actus, id voluisse intelliguntur, qui actum gesserunt, nisi contrariam voluntatem declaraverint. Exemplis hæc uberius explicabo. De natura mutui est, ut æque bonum reddatur: reddi enim non videtur res, si deterior reddatur. *l. 3. §. 1. D. commod.* Idcirco nihil refert utrum caveat, an non caveat, sibi reddi æque bonum: id enim pro cauto habetur a lege, nisi contra nominatim caverit, nostra *l. cum quid mutuum D. de reb. credit.* De natura emptionis est, ut venditor de evictione teneatur: cum enim lex eum non obliget ad transferendum dominium rei venditæ, sed solum ad præstandam vacuam possessionem, & ut emptori habere liceat rem emptam, *l. venditor 8. D. de evict.* huic consequens est, ut de evictione teneatur, *l. ex empto 11. §. 1. & 2. D. de act. empt.* Idcirco etsi nihil hac de re cautum fuerit, nihilominus tenetur, *l. in vendendo 66. in princ. D. de contr. empt.* Eadem ratione cum venditor teneatur duplam stipulanti promittere, *l. emptori 37. in princ. D. de evict.* tenetur etiamsi eam non promiserit, *l. 2. D. eod.* simile exemplum in *l. quod si nolit 31. §. quia assidua 20. D. de ædil. edict.* Lex enim operatur citra voluntatem contrahentium, & servari oportet, quod ipsa præcepit, nisi quis ei expresse renunciaverit. Recte Severus, & Antoninus in *l. 3. in fin. C. de fidejuss.* responderunt, plures fidejussores gaudere beneficio divisionis ab Adriano concesso, licet in solidum expresse se obligaverint. Ibi: *tamen hæc res nihil mutat conditionem juris, & constitutionem. Nam, & cum hoc non adjiciatur, singuli tamen in solidum tenentur: sed ubi sunt omnes idonei, in portionem obligatio dividitur.* Cum adjicitur id, quod inest auctoritate legis, nihil additur, aut detrahitur obligationi.

3 Veniamus ad ultimas voluntates. Si plures instituantur heredes sine partibus, lex omnibus æquas tribuit partes, *l. quoties 9. §. heredes 12. D. de hered. inst. §. si plures 6. inst. tit. eod.* In legato pluribus relicto pariter æquæ partes servantur, *l. legata 19. §. ult. D. de legat. 1.* Sive igitur testator æquas partes reliquerit, sive partes non distribuerit, semper idem jus, nisi aliud expresserit, & inæquales partes fecerit, ex laudatis *ll.* Alia exempla passim occurrunt. De conditionibus aliquid adjiciamus, quarum difficilior est investigatio. De his ita decernit Paulus in *l. conditiones 99 D. de cond. & demonst.* *Conditiones extrinsecus non ex testamento venientes, id est, quæ tacite inesse videntur, non faciunt legata conditionalia.* Hujusmodi sunt conditiones, quæ tacite insunt, vel legis potestate, vel natura rei relictæ. Hæ autem sive nominatim adjiciantur, sive non adjiciantur, legatum non faciunt conditionale: exemplis rem explico. In legatis, aliisque, quæ in testamento relicta sunt, inest tacite conditio: si hereditas adeatur: ea non adita, intercidunt omnia, *l. eam quam C. de fideicomm.* Hæc tamen conditio non facit legata conditionalia, sive ea tacite insit ex vi legis, sive etiam a testatore fuerit adjecta: ideoque legati dies statim cedit, & moriente legatario ante aditam hereditatem transit ad ejus heredes, *l. heredis aditio 7. in princ.* & in *§. tractari l. cum illud 15. in fine D. qu. di leg. ced. & l. si Titio 22. D. eod.* Aliud exemplum in hereditate, quod dilucide explicatur in *l. Cornelius 68. D. de hered. inst.* Idem prorsus evenit in con-

Digitized by Google

conditione, quæ tacite inest ex natura rei legatæ. In legato fructuum inest tacita conditio, si fructus nascantur: in legato partus, si nascetur partus, *l.* 1. §. *ult. ff. de cond. & dem.* Omnes igitur hujusmodi conditiones, etiamsi a testatore exprimantur, non faciunt legatum conditionale, *l.* 3. *ff. de leg.* 1. *l. in conditionibus* 19. §. 1. *l. servo* 47. *in fine l. aliquando* 106. *ff. de cond. & dem.* quia supervacuum est eas exprimere, & adjicere, cum insint *d. l. servo* 47. *ff. de cond. & dem. & d. l. Cornelius* 68. *D. de hered. inst.*

4 Verissima igitur est regula proposita, quod si quid tacite inest vel potestate legis, vel natura rei, eadem vis est taciti & expressi: seu rectius, eadem vis est expressi ac taciti: præest enim tacitum, eique accedit expressum, quod ipsi nihil addit roboris. Sed hoc fortasse nimis subtiliter: illud convenientissimum & veritati, & rei clarius explicandæ. *Supervacuum est exprimere, quod tacite inest.* Hæc enim regula nititur auctoritate veterum Jurisconsultorum *d. l. Cornelius & d. l. servo.* In fine tamen hujus legis monet Marcellus: *sæpenumero tamen mutatur rei effectus, quamquam id expressit testator, quod etsi non fecisset, inesset tamen.* Verissime. Multæ enim hujus regulæ sunt exceptiones, quas modo recensebo, & in sua genera digestas explicabo, quod nemo hactenus præstitit.

5 I. Quotiescumque lex præcepit aliquid expresse fieri, si tacite fiat, inutiliter fit, & mutatur rei effectus, nec eadem est vis taciti & expressi. Exemplum sit in exheredatione. Filii in potestate existentes aut instituendi sunt, aut nominatim exheredandi, *l. inter cætera* 30. *l.* 1. 2. & 3. *D. de liber. & posth. l.* 1. *in princ. D. de hered. inst. l. ult.* §. *sancimus C. de lib. præter.* si prætereantur, nullum est testamentum *d. l. inter cætera*, *princ. tit. inst. de exhered. liber. l.* 1. *D. de injust. rupt.* Præteritio igitur, quæ est tacita quædam exheredatio, non habet eumdem effectum, quem expressa exheredatio. Sic etiam causa exheredationis nominatim est exprimenda, eaque expressa, valet testamentum: non valet autem, si silentio prætereatur. *Nov.* 115. *cap.* 4. Aliud exemplum in pupillari substitutione. Expressa matrem excludit, *l. Papinianus* 8. §. *Sed nec impuberis* 5. *ff. de inoff. test. c.* 1. §. *ult. de testam. in* 6. & hoc lege præcipiente, non admitti legitimum heredem, quamdiu speratur heres ex testamento, *l. quamdiu* 3. & *l. quamdiu* 63. *D. de acquir. vel omitt. hered.* Tacita vero matrem non excludit, *l. precibus c. de impub. & al. sub. l. ult. c. de inst. vel subst.* Apparet autem, falsam esse limitationem quorumdam, tacitum non habere hujusmodi momentum, ut valeat actum irritare.

II. Si repugnet natura actus, qui respuat expressum, non vero tacitum: idque fit auctoritate legis, quæ ejusmodi naturam præscripsit. In hoc differt a superiori, quod ibi tacitum irritat, destruit actum, non autem expressum: hic contra expressum, non tacitum evertit, & inutilem actum efficit. Exemplum in *l. si quis Sempronium* 68. *in fin. versic. sic enim D. de hered. inst. Sic enim filii exheredatio cum eo valet, si quis heres existat: & tamen nemo dubitat, quin si ita aliquis filium exheredaverit*: Titius heres esto, & eum heres erit Titius, filius exheres esto: *nullius momenti esse exheredationem.* Repugnat natura actus. Exheredatio non adita hereditate nullius momenti est, *l. filium* 20. *in princ. versic. sed cum exheredatio D. de bon. possess. cont. tab.* Titius heres esse jubetur: antequam filius exheres sit: atqui hoc fieri non potest, quia filius, 7

antequam valeat exheredatio, pro præterito habetur: ideoque non potest ex testamento hereditas adiri. Implicant semetipsa sese, & involvunt. Filius exheres non est, nisi postquam Titius heres fuit; Titius autem heres esse non potest nisi filius exheres sit. Eadem ratione non valet testamentum, de quo in *l. si ita scriptum* 13. §. *testamentum* 2. *D. de lib. & post. Titius post mortem filii mei heres esto: filius exheres esto*. Etenim filius exheredatus est post mortem suam, cum valere non possit exheredatio, antequam Titius heres existat: inutilis est autem exheredatio facta post mortem, *l.* 4. §. *ult. versic. cum etsi D. de hered. inst.* Simile admodum est, quod traditur in *l. quoties* 9. §. *si quis ita* 14. *D. de hered. inst.* licet ibi favore libertatis detrahatur verbum *postea*. *Si quis ita scripserit: Stichus liber esto, & posteaquam liber erit, heres esto. Labeo, Neratius, & Aristo opinantur, detracto verbo medio postea, simul, & libertatem, & hereditatem competere: quæ sententia mihi quoque vera videtur*. Hic quoque nisi detraxeris verbum *posteaquam*, libertas & hereditas invicem semetipsas impediunt: non potest enim servus liber esse, nisi sit heres: nec heres, nisi liber sit: sed libertas, quæ maxime favorabilis est, interpretatione adjuvanda: non autem exheredatio, quæ odiosa est, *l. cum quidam* 19. *in fin. D. de lib. & post.* Africanus quoque proponit simile legatum in *l. qui quadraginta* 88. *in princ. D. ad l. Falc.* quod voluntatis interpretatione non valere decidit. Sed ad tacitum, & expressum revertamur.

7 Alterum est in obligatione qualibet, sive ex contractu, sive ex testamento. Repugnat natura obligationis, ut conferatur in voluntatem debitoris: obligatio enim necessitate nos ad solvendum astringit *princ. tit. inst. de obligat. l. obligationum substantia D. eodem*. Propterea, sub hac conditione, *si volam* nulla fit obligatio: pro non dicto enim est quod dare, nisi velis, cogi non possis, *l. sub hac* 8. *D. eodem l. stipulatio* 17. *l. cum a Titio* 108. §. 1. *D. de V. O.* Potest tamen conferri tacite, veluti: *dabis, cum volueris l. centesimis* 46 §. *si ita D. eodem*; hæc autem, *dabis si volueris*, inutilis est §. *ult. eodem*. Stichus, si tibi placuerit emptus erit aureis *tot*, §. *penult. inst. tit. de empt. & vend.* Idem jus est de legatis, *l. Senatus* 43. §. *penult. D. de legat.* 1. Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest. Tacite tamen recte confertur, veluti, *si æstimaveris; si comprobaveris, si justum tibi videbitur*, dato, *l. si sic legatum* 75. *in princ. D. de leg.* 1. vel hoc modo: *nisi nolueris, heres dato; vel cum volueris*, dato, *l. fideicommissa* 11. §. *sic fideicommissum* 5. & §. *seq. D. de leg.* 3. Differentiæ rationem postmodo afferemus opportunius.

Tertium exemplum est in heredis institutione, atque in legatis, quorum natura non solum respuit voluntatem debitoris, sed etiam cujuslibet alterius; 8
quoniam *testamentorum jura per se firma esse oportet, non ex alieno arbitrio pendere*, *l. illa institutio* 32. *D. de hered. inst.* Quamobrem vitiosa est institutio: *quos Titius voluerit, heredes sunto*, *d. l. illa institutio in princ.* Idem in legatis: non valet hujusmodi legatum: *si Mævius voluerit, Titio decem do l. nonnumquam versic. non tamen D. de condit. & demonstr.* valent tamen, si tacite conferantur *d. l. non nunquam in princ. l.* 1. §. 1. *ff. de leg.* 2. *l.* 3. §. 1. *C. comm. de legat.*

III. Si diversa inter se ac dissimilia contineant expressum, ac tacitum; non possunt eamdem vim, atque effectum 9
habere in *l. nonnunquam* 52. *D. de cond. & dem.* non idem conditio: *si voluerit*, &,

*&, si in Capitolium ascenderit*: illa continet meram voluntatem: hæc factum ascendendi in Capitolium: illa impletur statim ac Mævius voluerit: hæc etiamsi maxime voluerit, tamen impleta non est, nisi Mævius ascenderit in Capitolium. Illud legatum pendet a voluntate Mævii: hoc a facto ascendendi. Propterea hoc valet, illud est inutile.

10 Conditio quoque, *cum volueris*, diversa est a conditione, *si voles*. Illa designat tempus voluntatis: hæc ipsam voluntatem. In illa per tempus conditio, in hac per conditionem tempus demonstratur, *l. si Titio 22. in princ. vers. cum priore D. qu. di. leg. ced.* Illa confert in potestatem debitoris, quando velit debere: hæc, an velit debere. Quamquam autem in heredes arbitrium conferri, an debeatur, non possit: quando tamen debeatur, conferri potest, *l. fideicommissaria 46. §. quamquam D. de fideicomm. libert.* Quemadmodum, licet conferri non possit, an debeat: conferri tamen potest, quid debeat *d. l. 46. §. ult. l. heredes 25. §. si incerto 17. D. fam. ercisc. l. nec semel 12. §. si cui homo 7. D. qu. di. leg. ced. l. 1. & 2. D. de opt. leg.* Verba igitur illa *cum volueris* tractum temporis habent, quamdiu vivas, & si decesseris, antequam illud præstes, heres tuus præstabit: quod si decesserit legatarius, legatum extinguitur: est enim conditionale, *l. fideicommissa 11. §. hoc autem ff. de leg. 3.*

11 Quamquam autem traditum sit, nihil interesse inter tempus incertum, & conditionem, *l. quodcumque 45. non solum D. de V. O.* tamen aliquando multum interest. Ecce si ita stipuler: *dabis, si petiero*: suspenditur obligatio. At si ita: *dabis cum petiero*: admonitionem potius quamdam quo celerius reddantur quasi sine mora, quam conditionem habet stipulatio, *l. qui decem 48. D. eodem*. Item licet in omni institutione ac legato tacite insit conditio, *si capax erit §. extraneis 4. Inst. tit. de hered. qual. l. si alienam 40. §. 1. D. de her. inst.* tamen incapax recte instituitur, *cum capax erit. l. in tempus 62. D. eodem*. Ratio, quia conditio illa refertur ad tempus testamenti, & mortis, & aditionis hered. *d. l.* hoc autem tempus comprehendit infinitum tempus, quandocumque capax fuerit.

Supersunt alia duo verba: *si æstimaveris, si tibi videbitur*, non idem continent ac verba: *si volueris*. Hæc meram voluntatem: illa arbitrium boni viri. *l. fideicommissa 11. §. quamquam D. de leg. 3. l. si sic legatum 75. in princ. D. de legat. 1.* Item verba: *si placuerit vinum, vel servus, si non displicuerit*, non vitiant emptionem aut legatum, quia aliud est velle: aliud placere. Potest alicui res placere etiamsi emere nolit: potest displicere etiamsi emere voluerit: hoc a sensu judiciove pendet, illud a voluntate: ideo illud vitiat emptionem, *l. in vendentis C. de contr. empt.* hoc non item *§. pen. Inst. tit. de empt. l. quod si nolit 31. §. si quid ita 22. D. de ædil. edict. l. Thais §. sorore D. de fideic. libert.* 12

IV. Quamvis verba videantur idem omnino significare: tamen si ex legis interpretatione diversum quippiam contineant: tacitum, & expressum non habent eumdem effectum. Ecce verba: *si volueris; & nisi nolueris*: idem significant, & tamen sub hac conditione legatum valet: non vero sub illa, *l. fideicommissa 11. §. sic fideicommissum juncto §. quamquam D. de leg. 3.* Quid ita? quia verba *nisi noluerit*, lex interpretatur de prima voluntate, ita ut si non declaret se nolle, non possit postea dicere se noluisse, *d. §. sic fideicommissum*. Verum est enim, eum non noluisse, cum non repugnaverit voluntati fideicommittentis, quando potuit. 13

Ea-

Digitized by Google

Eadem ratione verba: *si volueris*, non vitiant fideicommissum libertatis, *l. fideicommissaria 46. in princ. D. de fideicommissariis libert.* quia lex favore libertatis ea interpretatur de arbitrio boni viri §. *sed etsi 2. eadem l.* Aliud exemplum in *l. talis scriptura 30. D. de leg. 1.* Testator quædam legata pure reliquit, & Titio legavit centum præsentia: postea adjecit vulgarem clausulam: *quas pecunias legavi, quibus dies appositus non est, eas heres meus annua, bima, trima die dato.* Quæsitum in §. 2. an hæc clausula referatur dumtaxat ad legata pura, an etiam ad legatum præsens. Videretur dicendum ad omnia referri: quia etiam legatum præsens, vel præsenti die, purum est non in diem; & legatum purum præsens est, *l. liber homo 118. §. decem D. de V. O. l. cedere diem D. de V. S.* In legato pure relicto tacite inest præsens dies: in hoc inest expresse. Respondit tamen Ulpianus, hoc legatum non differri per illam clausulam; quia verum est, ei diem appositum fuisse. Licet autem *hæc adjectio supervacua sit quantum ad vim, & effectum legati pertinet, tamen ad hoc proficit, ut præsenti die legatum debeatur, d. l. talis scriptura §. 2.* Quod si in clausula non fuissent adjecta verba illa: *quibus dies appositus non est*: videretur dicendum illud quoque differri per text. in *l. si mihi 12. in fin. D. de leg. 1. & l. Titio 74. D. de leg. 3.* nisi cum Cujacio addamus particulam *non*, quod rectius est.

14 Alterum est legatum optionis, quod valde differt a legato generis, licet in utroque detur electio legatario: in illo quidem expressim §. *optionis 23. instit. tit. de legat.* in hoc vero tacite *l. si servus 108. §. cum homo D. de leg. 1. l. 2. §. 1. ff. de opt. leg. §. si generaliter 22. inst. tit. de legat.* sed cum lex certam ac singularem naturam legato optionis tribuerit, in multis differt a legato generis, *d. tit. §. optionis.* Ea præcipua est differentia, quod in legato optionis optimum eligi potest, *l. si quis affirmavit 9. §. 1. ff. de dol. mal. l. 2. in princ. ff. de opt. leg.* in legato generis non item, *l. legato 37. D. de legat. 1.* Cæteras referre non vacat: videantur *DD. ad d. §. optionis.*

In *l. talem 51. ff. de hered. inst.* duo alia proponuntur exempla: alterum in princip. alterum in §. 1. In primo, ut valeat ex rescripto D. Marci, favore libertatis detrahitur conditio, *si liberaverit*, secundum sententiam Proculianorum, de qua in *l. quoties 9. §. si quis ita scripsit 14. ff. eodem.* Sed de hoc supra diximus. In §. 1. species hujusmodi ponitur. *Si quis ita scripserit: Stichus, si meus erit, cum moriar, liber & heres esto, alienatus non poterit jussu emptoris adire hereditatem: quamvis etsi non erat hoc expressum, non alias liber, & heres fieri poterat, quam si mansisset ejus.* Hæc postrema verba intelligenda sunt de persona ipsius servi, qui non potest esse heres, nisi liber sit: nec potest esse liber, nisi sit testatoris, cum moritur: quia nemo dare potest libertatem alieno servo. Cæterum tacita conditio afficit solummodo dationem libertatis ex adducta causa, non autem institutionem, quia etiam alienus servus heres recte instituitur, qui licet sibi non acquirat hereditatem, ipsam tamen acquirit domino, *l. servus 3. l. non minus 31. de hered. inst. princ. tit. inst. eodem.* Quamobrem etsi libertatem dederit sub conditione: *si meus erit*, hereditatem autem sine conditione, alienatus domino acquiret, *l. servo 47. D. de cond. & dem.* Expressa autem conditio afficit utrumque, & in hoc differt



Digitized by Google

a tacita; Quare hoc exemplum potius ad superiorem exceptionem pertinet.

Quod in fine habetur, vere fit ex interpretatione legis: quod etiam a vivo testatore manumissus heres fiat, & verba, *si meus erit*, comprehendant libertum, contra *princ. tit. inst. de hered. inst.* Ergo hic legis interpretatione fit, ut expressum habeat vim taciti, contra quam soleat in aliis casibus contingere. Nemo hactenus hoc axioma sic explicavit.

Digitized by Google

# JOSEPHI AVERANII,

*JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,*

# INTERPRETATIONUM JURIS
## *LIBER QUARTUS.*

## CAPUT PRIMUM.

### SUMMARIUM.

I *Hanc dispositionem locum non habere censent DD. ubicumque statutum excludit feminas extantibus masculis.*

II *Nullum fundamentum habet regula, quod testator voluntatem suam ad juris communis vel statuti dispositionem conformare censeatur.*

III *Lex omnem auctoritatem suam accommodat testantium voluntati.*

IV *Lex jubet spectari verba, atque investigari voluntatem disponentis.*

V *Voluntas non investigatur ex praescriptione legum, sed ex verisimili, & aliis similibus conjecturis.*

VI *Exponitur textus noster.*

VII *Si dispositio testatoris dirigenda esset ad normam successionis intestatae, contrarium in hac L. respondisset Papinianus, & n.* VIII. IX.

X *Haec DD. praesumptio excluditur ex responso Ulpiani in l. ex facto 17. §. si quis rogatus ff. ad S. C. Trebell.*

XI *Conditio* Si sine liberis *deficit propter filios naturales: non item propter adoptivos.*

XII *Conditio* Si sine liberis *quando comprehendat naturales.*

XIII *In fideicommisso familiae relicto succedunt gener & nurus.*

XIV *Ordo intestatae successionis non servatur inter heredes ex testamento.*

XV *Idem quoque est in distributione partium hereditatis.*

XVI *Veteres alias admittebant conjecturas, potius quam confugerent ad ordinem intestatae successionis.*

XVII *In iis, quae a lege praecipiuntur, vel vetantur, testator praesumitur, se conformare ad legis dispositionem.*

XVIII *Idem est, quoties Lex aliquid praesumit in dispositione hominis.*

XIX *Exponitur l. Gallus §. 1. ff. de liber. & posthum.*

XX *Heres se immiscens, coheredibus abstinentibus, sustinet onera hereditaria.*

XXI *Non est verisimile, locatorem remisisse conductori necessitatem solvendi pensionem.*

XXII *Ad fideicommissum familiae relictum, primum admittuntur magis proximi.*

XXIII *Explicatur l. penult. C. de impub. & al. subst.*

I MIRUM profecto est, omnes prope veteres juris interpretes in hujus legis explicatione admonere, testatorem censeri voluntatem suam ad legis dispositionem conformare, & hujus legis dispositionem locum non habituram, ubicumque statutum excluserit ab intestata successione feminas, extantibus masculis: cum tamen ex hac lege contrarium perspicue demonstretur, ut mox probabimus. Per-

Pervulgata illa, & omnium sermonibus celebrata regula: quod testator voluntatem suam ad juris communis, vel statuti dispositionem conformare censeatur, neque ulla ratione nititur, neque ulla lege fundatur. Omnis ratio oppositum suadet, sive voluntas testatoris de rebus suis disponentis, sive legis mens, & sententia spectetur. Testator eo ipso quod de bonis disponere destinavit, manifeste declaravit, se a legis dispositione recedere voluisse in eo, de quo disponeret. Etenim si vellet locum habere in sua hereditate legis dispositionem, utique de ea non disponeret: cum eo non disponente lex ipsa disponat. Igitur in eo tantummodo, de quo non disponit, legis dispositionem sequitur, eique se accommodat: veluti si heredes non instituerit: tum censetur eos instituisse, qui a lege vocantur ad hereditatem, *l. si quis cum testamentum in princ. & l. conficiuntur 8. §. 1. ff. de jure codicill.* Caeterum quoties testator disposuit de bonis suis, in eo ipso, quod disposuit, cessat omnino legis dispositio. Nam ea mens & intentio legis de bonis defunctorum disponentis est, ut suppleat, quod omisit facere defunctus, non ut eo disponente se interponat. Quamobrem Lex solummodo disponit de intestati successione, deficiente scilicet omnino dispositione defuncti. A primis usque juris incunabulis Lex XII. tabul. hunc ordinem secuta est, ut de legitima successione quaeri non posset, nisi omnino deficiente testamentaria, *l. 1. in princ. ff. si tab. testam. nullae extab.* Verba legis haec erant: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto*: vel ex Cornificio *ad Heren. Lib. 1.* & ex Cicerone *Lib. 2. de inventione. Si paterfam. intestato moritur, familia, pecuniaque ejus agnatorum, gentiliumque esto.* Nihil igitur super hereditatem defuncti Lex disposuit, nisi cum ipse non disposuit, & intestatus decessit. Quod & subsequentibus deinceps temporibus religiosissime fuit a Lege semper observatum. *l. antequam 8. C. comm. de success. l. quamdiu 89. ff. de Reg. jur. l. quamdiu 39. ff. de acquir. hered.*

3 Tantum autem abest, ut Lex intendat, testatorem conformare voluntatem ad suam dispositionem, ut ipsa potius omnem auctoritatem suam accommodet testantium voluntati, & ad eorum arbitrium, nutumque se fingat. Primum enim Lex XII. tabul. plenissimam tribuit facultatem disponendi de rebus suis, & testatorum dispositiones non minus ratas haberi jussit, quam ipsam Legem, *Uti legavit suae rei, ita jus esto. l. verbis legis 120. ff. de V. S.* Et postremis temporibus Legislator noster *in auth. de Nuptiis 22. c. 2. §. disponat. Disponat itaque unusquisque de rebus suis, & sit lex ejus voluntas.* Itaque cum testator de rebus suis disposuit, Lex nullo modo se interponit, & quodammodo seipsam de medio tollit, ut in omnibus rata habeatur dispositio testatoris, cui Legis tribuit auctoritatem.

4 Praeterea constanter praecipit, primum spectanda esse testantium verba, & ab eorum significatione non esse recedendum *l. non aliter 60. ff. de leg. 3.* Hoc ideo, quia nemo videtur dixisse, quod mente non agitaverit. *L. Labeo 7. §. id Tubero ff. de supell. leg.* Itaque ne detur occasio pervertendae voluntatis testantium, vetat Lex voluntatis quaestionem fieri, ubi nulla est in verbis ambiguitas, *l. ille, aut ille 25. §. 1. ff. de leg. 3.* Quod si verba perspicue non demonstrent voluntatem disponentis, tunc conjecturis eam explicare jubemur, & id, quod verisimile est voluisse disponentem, amplecti. *l. in obscuris 114. ff. de Reg. jur. l. cum quaestio 23. in fin. C. de legat. In omnibus etenim testatoris voluntatem, quae legitima est, dominari censemus, l. jam hoc ju-*

Digitized by Google

jure 4. in fin. ff. de vulg. & pupil. Si voluntas parentis non refragetur l. eum de lanionis 18. §. item eacabos verſ. optimum ff de inſtruct. l. inſtr. Ibi: Optimum ergo eſſe Pedius ait, non propriam verborum ſignificationem ſcrutari, ſed inprimis, quid teſtator demonſtrare voluerit. Conſonant text. in l. cum virum 16. C. de fideicomm. in l. 3. C. de liber. pret. in l. quoniam C. de teſtam. in l. quiſquis 9. §. in fin. ff. de legat. 3. in l. cum quidam 8. in fin. ff. de ſupellect. leg. in l. inter veſtem 33. ff. de aur. & arg. leg. in l. pater Severinam ff. de condit. & demonſt. & alibi paſſim. Semper enim quid voluerit, quid ſenſerit teſtator, acutiſſime indagare, atque odorari jubemur. Quocirca liquido conſtat, legem diſpoſitiones ſuas omnino teſtantium voluntati accommodare.

5 In perveſtiganda autem voluntate teſtatoris nunquam præcipit, ducendam eſſe conjecturam a præſcriptione Legum de inteſtata ſucceſſione diſponentium: ſed vel ex eo, quod veriſimile eſt, teſtatorem noluiſſe facere diſpoſitionem inutilem, atque irritam, ut in l. Divus 22. in princ. ff. de uſu & habit. in l. ſi quando 109. ff. de legat. 1. in l. cogi 16. in princ ff. ad SC. Trebell. vel ab uſu ipſius teſtatoris, ut in l. inter veſtem 33. ff. de aur. & arg. leg. in l. ſi ſervus plurium 50. §. ult. ff. de legat. 1. in l. heredes palam 21. §. 1. in fin. ff. qui teſtam. fac. poſſ. vel ab his, quæ præcedunt, aut ſequuntur in ea diſpoſitione, quam volumus interpretari, ut in l. ſi ſervus 50. in fin. ff. de leg. 1. in d. l. heredes palam §. 1. in fin. ff. qui teſtam. fac. poſſ. in l. nummis 75. in l. quiſquis 95. in fin. ff. de leg. 3. imo ex libris etiam & ſcripturis patrisfam. ut l. prædiis 91. §. Titio ff. de legat. 3. & ex collatione alterius rei legatæ l. 1. ff. de reb. dub. l. ult. in fin. ff. de trit. vin. & ol. leg. vel ex uſu, & opinione regionis, ut in l. cum de lanionis 18. §. item eacabos ff. de inſtruc. vel inſtrum. leg. l. liberorum 52. §. quod tamen verſic. nam & in uſu ff. de legat. 3. l. in obſcuris 14. D. de reg. jur. l. ſi ſervus plurium 50. in fin. D. de legat. 1. l. nummis 75. D. de legat. 3. l. heredes palam §. 1. in fin. ff. qui teſtam. fac. poſſ. vel a conditione perſonarum, ut in d. l. ſi ſervus plurium & in l. ex facto 17. §. ſi quis rogatus D. ad S. C. Trebell. vel ab aliis ſimilibus conjecturis; ac poſtremo interpretandum eſſe, ut, quod minimum eſt, voluerit legare, d. l. nummus 75. D. de legat. 3. l. Sempronius 47. D. de legat. 2. l. cum ſervus 39. §. ſcio D. de leg. 1. Adeo nihil intentatum reliquerunt veteres Juriſconſulti, ut teſtantium voluntatem inveſtigarent: hanc tamen facilem, & obviam, quam noſtri nobis obtrudunt, ejus interpretandæ rationem nuſquam tradiderunt.

Imo vero eam repudiaſſe, ac nullius momenti judicaſſe probari poteſt evidentiſſime: ac præſertim ex noſtra Leg. heredes mei §. cum ita D. ad S. C. Trebell. In hac Lege quidam teſtator, qui duos filios habebat, & ex altero filio neptem Claudiam, inſtituit heredes duos filios: eoſque rogavit, ut, qui prior ſine liberis deceſſiſſet, partem ſuam reſtitueret fratri ſuperſtiti. Quod ſi uterque ſine liberis deceſſiſſet, omnem hereditatem ad neptem Claudiam pervenire juſſit. Mortuo teſtatore deceſſit unus ex filiis inſtitutis, relicto filio Sempronio, qui ei ſucceſſit: adeoque deficiente conditione primæ ſubſtitutionis fideicommiſſum non eſt delatum fratri ſuperſtiti. Poſtremo decedit etiam alter ex filiis inſtitutis, qui ad partem fratris non fuerat admiſſus, conditione defecta: Sed hic nullos relinquit liberos: adeoque de ejus ſucceſſione contendunt Claudia, & Sempronius, uterque defuncti nepos ex fratre: Claudia petit fideicommiſſum ex ſecunda ſubſtitutione, in qua fuit vocata ſub conditione, 6

tione, *si uterque sine liberis decessisset*, quæ extitit in ultimo moriente sine liberis. Sempronius petit hereditatem patrui ab intestato, & opponit Claudiæ verba testatoris, qui eam substituit. solum in casum, quo *uterque* sine liberis decessisset. Cum igitur unus tantum sine liberis decesserit, substitutionis conditio defecit. Præterea omnem hereditatem ad eam voluit pervenire, quod fieri non porest, cum extiterit conditio solum in parte ultimi morientis. Atque adeo verba testatoris omnia conspirant ad excludendam Claudiam. Papinianus tamen accurate perpendit, quod si testator voluit Claudiam habere totam hereditatem, utroque filio sine liberis decedente; voluit etiam habere portionem, hoc est, dimidiam, si unus tantum sine liberis decessisset: quam enim vocavit ad utriusque portionem, utroque sine liberis decedente, præsumitur vocasse etiam ad portionem unius, eo pariter sine liberis decedente: nam qui vocat ad totum, vocat etiam ad partem.

7 Veteres interpretes cum Bartolo monent, hanc Papiniani definitionem non esse servandam, ubi statutum vocat ad intestatam successionem masculos exclusis feminis. Et merito; admissa enim eorum sententia, quod successio ex testamento dirigenda sit ad normam successionis ab intestato, & ad mentem juris communis, vel municipalis interpretanda: Si Claudia neptis a statuto excluderetur, etiam a testatore exclusa censeri debet, maxime quia ad eam excludendam concurrunt etiam perspicua verba testatoris. Sed hoc ipsum manifeste demonstrat, quam falsa sit eorum sententia, qui tantopere exaggerant hanc conjecturam. Sciendum est enim, quod tempore Papiniani ex Lege Voconia neptis a nepote excludebatur: nam ex ea Lege feminæ ultra sorores non admittebantur ad legitimas hereditates, & non solum postponebantur masculis, sed erant omnino incapaces succedendi. Paulus *Lib.* 4. *recept. sentent. tit.* 8. *de intest. success. Feminæ ad hereditates legitimas ultra consanguineas non admittuntur: idque jure civili Voconia narratione videtur effectum.* Ulpianus *in fragment. tit.* 26. *de legit. heredit. Ad feminas ultra consanguineorum gradum legitima hereditas non pertinet.* Hanc Legem suasit Marcus Cato, sed, ut ex his liquido constat, in usu erat tempore Pauli, & Ulpiani, adeoque etiam Papiniani, qui nostræ Legis est auctor. Enimvero Papinianum nihili fecisse commentitiam hanc præsumptionem petitam ex dispositione Legis Voconiæ feminas excludentis, multa perspicue demonstrant. Primum quia neptem admisit ad fideicommissum, a quo erat penitus excludenda juxta sententiam nostrorum interpretum, qui hanc præsumptionem invenerunt. Præsertim quia Lex Voconia mulieres non solum excludebat ab hereditate intestata, sed etiam quadamtenus ab hereditate ex testamento. Cicero *Lib.* 1. *in Verr. de Lege Voconia, quæ ita sanxit. Qui post eos Censores census esset, ne quis heredem virginem, neve mulierem faceret.* Dio *Lib.* 56. *Histor.* Τῶν τε γυναικῶν τισὶ καὶ παρὰ τὸν Οὐοκώνιον νόμον καθ' ὃν οὐδεμιᾷ αὐτῶν οὐδενὸς ὑπὲρ δύο ἥμισυ μυριάδας οὐσίας κληρονομεῖν ἐξῆν. *Mulierum, quibus lege Voconia non licebat adire hereditatem majorem centum millibus.* Viginti quinque millia, ait scriptor, nempe drachmarum, quibus Græci utebantur, quæ conficiunt centum millia sestertium, quod erat patrimonium eorum, qui censi dicebantur. Itaque non sunt corrigenda Dionis verba, ut placet viro perquam erudito. Cum igitur Lex Voconia ab hereditate eorum, qui censi erant, excluderet omnes feminas, etiam unicam filiam, ut admonet eodem loco Cicero, multo vehementius vigere debebat præsumptio petita ex dispositione Legis, quæ non solum ab intestata hereditate, sed etiam a suc-

Digitized by Google

a successione restamentaria feminas excludebat.

8 Praeterea, quia cum hac praesumptione concurrebant expressa testatoris verba, quae in simili casu Justiniano visa fuerunt adeo clara, ut contra substitutum responderit in *l. pen. C. de instit. & subst.* de qua infra dicemus. Apparet igitur, quod haec praesumptio ex mente Papiniani ne minimum quidem momentum addit admodum dilucidae testatoris orationi.

9 Denique Papinianus ad eludendam vim verborum, neptem excludentium, nititur sola testatoris voluntate praesumpta: atqui si voluntas testatoris consentanea atque conformis dispositioni Legis esset praesumenda, ex ea quoque argumentum deduceretur contra neptem, tantum abest, quod ea pro nepte faceret, aut vim verborum posset enervare. Praeterquam, quod Papinianus, quemadmodum ad fundandam suam opinionem respondit, argumento a verbis ducto, ita respondisset huic praesumptioni, si ad interpretandam testatoris voluntatem ullum momentum habere credidisset.

10 Non solum autem Papinianus, ut est demonstratum, sed etiam Ulpianus nihili fecit fictitiam hanc praesumptionem. Etenim cum in *l. ex facto* 17. §. *si quis rogatus ff. eod. tit. ad SC. Trebell.* quaerat, an filii naturales efficiant ut deficiat conditio, *si sine liberis*, & accurate percenseat omnia, quae pro substituto possunt adduci, nullam facit mentionem hujus praesumptionis. Ibi: *Sed hoc ex dignitate, & ex voluntate, & ex conditione ejus, qui fideicommisit, accipiendum est*. Nullius igitur momenti putat hanc praesumptionem: semper enim constaret de voluntate testatoris nolentis comprehendere filios naturales nomine liberorum, cum in Legis dispositione non continerentur. *Novell.* 89. *quib. mod. natural. effic. leg.* Primi enim Valens & Valentinianus rationem haberi voluerunt naturalium liberorum in successione parentum, *d. Novell.* 89. *quib. mod. cap. discretis igitur* 12. Quamobrem tempore Ulpiani omnino naturales excludebantur in dispositione Legis deferentis hereditatem liberis defuncti. Multo minus in numero praesumptionum eam habuit Papinianus in laudata *l. ex facto* §. *si quis rogatus ff. ad SC. Trebell.* qui sine ulla distinctione respondit in libertino naturales liberos efficere, ut conditio deficiat, quia, ut arbitror, in eo neque dignitas, neque conditio personae repugnat: quod & Scaevola respondit in *l. Lucius Titius* 89. §. *Damae* 12. *ff. de legat.* 2. & idem Papinianus in *l. cum pater* 77. §. *volo* 13. *ff. eod.* Animadvertendum autem est, quod in superiore lege vel levissima conjectura poterat adduci Papinianus ad admittendum substitutum. Nam conditio *si sine liberis* substitutum excludit, liberis existentibus, quia prudens judicium testantis animadvertitur, qui non solum institutum praetulit substitutis, sed etiam ejus liberos, ut ait Scaevola in *l. Lucius Titius* 85. *in fin. ff. de hered. instit.* In casu autem nostro restator non potest videri praetulisse substituto filios naturales: quoniam neque ex testamento eos praetulit, neque ab intestato. Non ex testamento, quia liberi in conditione positi non censentur vocati, cum conditio non disponat, *l. ex facto etiam* 19. *ff. de hered. instit. l. si quis sub conditione* 8. *ff. si quis omissa causa testam. l.* 1. §. *item si* 8. *in fin. ff. ad leg. Falcid. l. cum quis* 16. *in fin. ff. de vulgar. subst.* Non ab intestato, quia eo tempore filii naturales non succedebant. Cum igitur hoc casu nec ex testamento, nec ab intestato filii naturales admittantur, & obstent substituto, vel levissima conjectura sufficere deberet ad admittendum substitutum, qui nullo modo a filiis naturalibus excluditur. Admodum suaves sunt illi interpretes, qui ajunt ideo excludi substitutum, quia liberi naturales

saltem in duabus unciis succedunt ex constitutione Justiniani in *d. authent. quibus mod. Nov. 89. cap. 12.* quasi vero Papinianus, & Ulpianus potuerint divinare, eos post tot sæcula tandem jus succedendi acquisituros: aut respondérint non secundum regulas juris, quod tunc obtinebat, sed secundum jus, quod futurum erat in posterum, adeoque substitutum injuste exclusérint.

11 Confirmatur id evidenter hac comparatione. Propter filios naturales deficit conditio: *si sine liberis*: & filii naturales qui ab intestato minime succedebant *d. auth. quib. mod. naturales §. discretis* excludebant substitutum *l. ex facto. §. si quis rogatus ff. ad SC. Trebell.* Contra vero filii adoptivi, qui ab intestato succedebant *l. pen. § 1. vers. Sed siquidem C. de adoption. §. sed hodie instit. tit. eod. l. 1. §. liberos ff unde liberi* substitutum non excludebant, nec propter eos conditio deficiebat, *l. fideicommissum 76. ff. de condit. & demonstrat.* Nemo autem non intelligit contrarium omnino fore definiendum, si voluntas testatoris dispositioni Legis conformis esse censeretur.

12 Illud etiam animadversione dignum est, quod cum conditio, *si sine liberis*, adjecta censetur ex interpretatione Legis, ut in *l. cum avus ff. de condit. & demonstr. l. cum acutissimi C. de fideicom.* ea non comprehendit liberos naturales *l. generaliter in fin.* Ibi: *justa sobole C. de instit. & substit.* Cum vero est adjecta ab ipso testatore, liberos naturales comprehendit *d. l. ex facto §. si quis rogatus ff. ad SC. Trebell.* Igitur voluntas testatoris ad normam dispositionis Legis non est exigenda, nec ejus interpretatio a Legis præscriptione sumenda.

13 Jam vero ad alia progrediamur. Affinitatis jure nulla successio permittitur. Ita sanxerunt Imperatores Diocle. & Maxim. in *l. affinitates C. commun. de success.* Et tamen post eos Legislator noster Justinianus in interpretanda testatorum voluntate nullam rationem habuit certissimæ hujus regulæ quoad intestatam successionem præscriptæ ab Imperatoribus: respondítque testatorem, qui fideicommissum familiæ reliquit, videri vocasse ad fideicommissum etiam generum, & nurum. *l. ult. C. de V. S.* Profecto si voluntas testatoris esset interpretanda secundum Legis dispositionem, hæ personæ a fideicommisso essent excludendæ. Aut nos in errorem induxit Justinianus perversa voluntatis interpretatione, aut nos decipiunt interpretes, qui contrariam interpretandæ voluntatis rationem nobis obtrudunt.

Non absimili interpretatione nobis 14
imposuit S. Pontifex in *c. Raynutius de testam.* qui admittit relictum fratri & ejus filiis, utrique simul deberi. Item Scævola in *l. pen. §. instituto* 15. *ff. de leg.* 2. ubi instituto filio herede, & ex eo nepotibus emancipatis, ipsi cum patre simul admittuntur, non ordine intestatæ successionis. Nec aliter respondit Paulus in *l. si ego & servus 26. ff. de acquir. hered.* ubi si ego, & filius meus heredes instituti fuerimus, uterque simul heres est, & uterque debet hereditatem adire, licet filius eam mihi acquirat. Non aliter in legato respondit Ulpianus in *l. si mulieri ff. de usufr. accresc.* Enimvero perperam interpretati sunt voluntatem testatorum, si vera est sententia nostrorum interpretum: debuerant enim interpretari, prius patrem, postea filium ordine successivo testatorem admitti voluisse, quemadmodum ab intestato succederent, maxime alia quoque conjectura concurrente, videlicet charitatis, & affectionis, quæ vehementior esse debet erga patrem magis proximum, quam erga filium remotiorem, & secundo loco nominatum.

Aliud argumentum deduci potest ex 15
distributione partium inter scriptos heredes. Si quis heredes scribat non adjectis partibus, veluti liberos suos, suos

nepotes, dubitandum non est, eos ex æquis partibus heredes esse: præsumitur enim testator ex æquo instituisse, quos sine partibus instituit, *l. quoties* §. *heredes ff. de hered. instit.* §. *Si plures instituantur inst. tit. eod.* Ab hac tamen præsumptione facile receditur: nam si quis ita instituerit: Titius, & fratris mei filii heredes sunto, non habebunt partes æquales, sed semissem Titius, semissem fratris filii, quotcumque illi fuerint, *l. Attius* 11. *& l. interdum* 13. *in princ. ff. de hered. instit.* Non tamen receditur ex conjectura ducta a dispositione Legis circa intestatam successionem, qua constitutum est, ut liberi in stirpes, non in capita, nec ex æquis partibus succedant. Itaque si quis nepotes suos instituerit, succedent omnes ex æquis partibus: si venient ab intestato, succedent in stirpes §. *cum filius inst. de hered. quæ ab intest. l.* 2. *C. de suis & legit. liber.*

16 Denique observandum est, quod veteres quamcumque vel levissimam conjecturam admittebant, potius quam ad ordinem intestatæ successionis confugerent. In *l. cum pater* 77. §. *a te peto penult. ff. de leg.* 2. Papinianus ordinem scripturæ observat, non ordinem succedendi ab intestato: nam ab intestato uxori succederent ejus propinqui, non propinqui mariti, & tamen hi illis præferuntur, quamvis non repugnarent verba testatoris, qui usus erat disjunctione *vel*, apta ad præferendum etiam postea nominatos.

In *l. omnia* 32. *alias l. cum ita* §. *in fideicommisso ff. de leg.* 2. Modestinus in fideicommisso familiæ relicto præfert aliis omnibus eos, qui nominati fuerunt a testatore, non eos, qui a Lege præferuntur in successione ab intestato. Levissima conjectura petita a nominis pronuntiatione prævalet conjecturæ a nostris tantopere exaggeratæ.

In *l. qui filiabus* 17. *in princ. ff. de legat.* 1. Ulpianus ad comprehendendam posthumam in legato relicto filiabus, non ducit conjecturam a successione, sed a mentione posthumæ, facta in aliqua parte testamenti.

Idem Ulpianus in *l. si fuerit in princ. vers. si duobus ff. de reb. dub.* considerat quidem majorem charitatem, ut legatum debeatur ei, qui charior est inter plures ejusdem nominis. Cæterum ordinem succedendi nunquam considerat, adeo ut potius legatum inutile esse respondeat propter incertitudinem voluntatis.

In *l. duo sunt Titii ff. de testam. tut.* tutelæ dationem inutilem esse a Paulo pariter respondetur, si datus sit tutor Titius, & duo sint Titii: pater, & filius, nec intelligatur, quid senserit testator: & tamen, si illi sint cognati testatoris, pater esset praeferendus, qui primum locum obtinet in successione, cum in tutela servetur ordo successionis ab intestato §. *ult. instit. tit. de cap. dimin. & toto tit. de legit patron. tut.* Multæ aliæ occurrunt in jure nostro Leges, ex quibus constat veteres juris nostri conditores nullam rationem habuisse conjecturæ desumptæ a Legis dispositione, & ordine succedendi ab intestato. Sed operæ pretium non est, cuncta percensere; cum hæc saltem simul conjuncta luce meridiana clarius demonstrent veritatem nostræ sententiæ, & Legem semper sequi vestigia voluntatis testatorum, ut totidem verbis nos monet Legislator noster in *l. penult. in princ. versic. Sed antiquitatem C. de necessar. serv. heredib. instit.* non vero testatorem sequi vestigia Legis, qui ea derelinquit statim ac de rebus suis disponere cogitat.

Non nego tamen, quod ubi Lex ali- 17
quid præcipit, aut vetat, in eo testator ad Legis dispositionem conformare videatur dispositionem suam. Nemo enim facere potest, quin Leges in testamento suo locum habeant *l. nemo potest* 55. *ff. de leg.* 1. Sed hoc ne-



Digitized by Google

cessitatis est, non voluntatis. Legis enim jubentis aliquid aut vetantis præcepto tenentur omnes obtemperare. Veluti cum jubet suos heredes aut instituere, aut exheredare, eosdemque vetat præterire, *princ. tit. inst. de exhered. liberor. l.* 1. *ff. de injust. rupt. l.* 3. *§. ult. l. filius* 7. *l. inter cætera* 31. *ff. de liber. & post.*

18 Idem dicendum est, quoties Lex aliquid præsumit in dispositione hominis; tunc enim dispositio interpretanda est secundum præsumptionem Legis. Sed hoc casu non disponens se accommodat Legi, sed Lex voluntati disponentis: neque enim alia de causa id præsumit, nisi quia verisimilitudo Legis auctoritate comprobata id efficit, ut omnino attendi debeat, nisi probetur, aliter sensisse disponentem. Idque pluribus exemplis demonstratur. Lex præsumit unumquemque omnia agere secundum naturam actus, quem gerit, & ideo, etiamsi aliquid omissum fuerit, tacite continetur, & ita actus est interpretandus, ut in *l. cum quid* 3. *ff. de reb. cred.* in *l. ubi ita donatur* 27. *ff. de donat. caus. mort.* in *l. Divus* 22. *in princ. ff. de usu & habit.* verisimile enim est, qui actum agit, quæ sunt de natura actus. Lex præsumit, disponentem velle suam dispositionem valere, nam si valere nollet, non disponendo posset idem multo facilius consequi: propterea semper ita interpretanda est dispositio, ut actus valeat, *l. quoties* 12. *l. ubi est* 21. *ff. de reb. dub. l. quoties in stipulationibus* 80. *ff. de V. O.* Similiter Lex præsumit unumquemque, qui aliquid agit, velle consequi finem, ad quem actus fuit institutus, & ita actus est interpretandus, quemadmodum in *l. quæro* 45. *§. inter locatorem ff. locati.* in *l. Divus ff. de usu, & habit.*

Atque hæc sunt, quæ interpretibus nostris imposuerunt, qui, cum nulla in Lege reperissent testatorem præsumi ad Legis dispositionem conformare velle suam dispositionem, id a legibus extorserunt, quæ aliquid disponunt, vel præcipiendo quid servare debeant testatores, vel eorum supremam voluntatem interpretando, non ut ipsam ad se trahant, sed ut integram intactamque conservent. Id autem apparebit ex iis, quæ modo respondebimus ad eorum argumenta, quæ diluere aggredimur: sunt autem plane imbecillia.

Primum igitur argumentum, quo præcipue nititur hæc sententia, petunt ex *l. Gallus* 29. *§. quidam recte ff. de liber. & posthum.* ubi cum Gallus Aquilius induxisset formulam instituendi nepotem posthumum: *si filius meus vivo me morietur, &c.* subdit Scævola: *quidam recte admittendum credunt, etiamsi non exprimat de morte filii, sed simpliciter instituat; ut eo casu valeat, qui ex verbis concipi possit.* Unde deducunt, dispositionem testatoris trahendam esse ad dispositionem Legis, ac semper præsumendum testatorem Legis dispositioni voluntatem suam accommodasse. 19

Nihil absurdius concludi potest. Non Legi se accommodat testator, qui non servat formulam a jure præscriptam: sed contra Lex se accommodat testatori, quæ ad sustinendam ejus dispositionem benigna interpretatione præsumit, eum voluisse disponere in eum casum, in quem disponere poterat, non in eum, in quem non poterat, cum verba testatoris utrumque casum complecti possent. Testator non satis dilucide atque enucleate voluntatem suam expressit: eam supplet, & adjuvat Lex interpretatione, cum non putet, eum aut præceptis Legum obtemperare noluisse, aut actum irritum & inutilem facere voluisse. Igitur ad faciendam hanc interpretationem utrumque concurrit: necessitas, & juris præsumptio. Hæc duo modo sunt exposita generaliter: nunc ad hujus Legis explicationem accommodanda, quia a veteribus non satis perspicue, planeque explicantur. Olim posthumus institui non po-

Digitized by Google

poterat, cum sit incerta persona; & testatoris certum consilium, certum judicium esse debeat, *Ulpian. in fragm. tit.* 22. *qui hered. inst.* §. *incerta persona.* Justinianus in §. *poss. posthumo quoque vers. Sed nec hujusmodi inst. tit. de legat. princ. tit. instit. de bonor. possess.* Verumtamen quia posthumi, qui nascentes futuri erant sui heredes testatori, nascendo rumpebant testamentum, *l.* 1. *l.* 3. *posthumus* 12. *ff. de injusto rupt.* ne testamenta rumperentur, tum de jure antiquo, tum ex lege Velleja permissum fuit instituere posthumos, qui sui futuri erant. Ex jure antiquo instituі poterat, imo debebat posthumus nasciturus post mortem testatoris; ex Lege Velleja nasciturus ante mortem testatoris. Uterque autem institui aut exheredari debebat, ne natus rumperet testamentum. *Ulpian. in fragm. tit.* 22. *qui heredes inst. poss.* ubi legendum ex l. Velleja, non ex l. Julia, ut constat ex *l.* 3. §. 1. *ff. de injust. rupt.* Itaque posthumus utroque casu erat instituendus, vel exheredandus *l. commodissime ff. de liber. & post.* Hinc a Gallo Aquilio prodita fuit formula, quæ in secundum casum ex Lege Velleja posthumus recte institueretur, quæ traditur a Scævola in *l. Gallus in princ. ff. eod.* Quæritur autem in §. *quidam ita* 1. *ejusdem Legis*, an ea formula omnino servanda esset, an vero posset etiam institui nepos simpliciter, non expressa morte filii. Respondet Scævola, posse. Quidni ita responderet. Agitur de formula inventa a Jureconsulto, non de servando Legis præcepto. Lex tantummodo præcepit, ut nepos heres institueretur; nullam formulam præscripsit, qua deberet institui. Testator igitur paruit præcepto Legis nepotem instituendo: quid causæ est, cur valere non debeat institutio? At enim non expressit casum filii præmorientis. Necesse non erat: nam qui simpliciter nepotem instituit, eum instituit etiam in casum filii præmorientis. Genus enim singulas species comprehendit; & qui generaliter loquitur, singula nominare videtur, perinde ac si ea expressisset, *l. si chorus* 79. *in princ. ff. de legat.* 3. *l. Mævius* 66. §. *non idem ff. de legat.* 2. *l. ait prætor.* 7. §. *Et si fine ff. de minor.* & aliis omissis, ad rem nostram egregie facit Pomponii responsum in laudata *l. commodissime ff. de liber. & posthum.* Quoniam vero in casum filii viventis non potest valere institutio, neque hoc casu possit nepos admitti, *l. cum in testamento ff. de hered. instit.* quia vivente patre non esset suus heres avo, adeoque non posset institui: sequitur, ut videatur institutus in casum filii præmorientis, & in aliis casibus, in quibus institui potest, veluti si filius fuerit emancipatus, & hujusmodi cæteris. Hæc duo igitur concurrunt: primum necessitas, quia testator a Lege Velleja cogebatur in hunc casum heredem posthumum instituere: præterea præsumptio juris, quod verisimile sit, unumquemque voluisse dispositionem suam valere: ut supra probavimus. Accedit, quod & civilis & naturalis ratio dictat, & usus quotidianus comprobavit, generalem sermonem referendum ad ea, quæ fieri possunt, non autem ad ea, quæ fieri nequeunt, & in generali sermone non possunt comprehendi. Quidam legavit uxori suæ, quæ vivens ei donaverat: generalis hic sermo refertur ad donationes, quæ alias non essent valituræ, quia, quod utiliter donavit, legare non potest. *l. si quando* 109. *ff. de legat.* 1. Qui calendis stipulatur, hoc sermone omnes quidem calendas comprehendit, sed ad proximas tantum refertur, quia inutilis esset stipulatio, dum debitor diceret, nunquam venisse eas calendas, in quas collata est stipulatio *l. cum qui calendis* 41. *ff. de V. O.*

Secundum argumentum petunt ex *l.* 20 *si duo* 38. *ff. de acquir. hered.* Si duo sint heredes necessarii, & alter se abstineat, alter postea se immisceat, hic si-

sustinet tota onera hereditaria, quia ea conditione adire videtur. Ergo videtur voluntatem suam Legi accommodare, & ad eam se conformare.

Ridiculum hoc quidem. Quicumque adit hereditatem, sponte se subjicit oneribus hereditariis: nam cum creditoribus & legatariis contrahere videtur, & qui adit, & qui se miscet, *l.* 3. §. *ult. cum l. seq. ff. quibus ex caus. in poss. eat.* §. *heres quoque instit. tit. de oblig. quæ quasi ex contr. nasc.* Sponte se subjicit, quia hereditas est successio in universum jus defuncti, & continet tam commoda quam incommoda *l. nihil est aliud* 24. *l. hereditatis appellatio* 109. *ff. de V. S. l. hereditas* 62. *ff. de R. J. l.* 1. *ff. de bonor. possess.* Ergo qui suscipit hereditatem, necessario suscipit non solum commoda, sed etiam incommoda, *l. heres in omne* 37. *ff. de acquir. hered.* Et licet partem tantummodo susceperit se immiscendo, tamen reliqua pars abstinentis ei etiam invito accrescit *l. testamento C. de impub. & aliis subst.* Nulla igitur hic opus est interpretatione, nec voluntas ad dispositionem Legis trahenda est, ut ad onera partis, quæ accrevit, teneatur: quia & necessitas, quam ipse sibi imposuit se immiscendo, & natura actus, & clara voluntas ad id eum necessario adstringunt. Neque in hoc est ulla dubitandi ratio, plana enim omnino res est: sed an possit a se repellere partem abstinentis, & totam hereditatem dimittere, ut in *l. cum hereditate* 55. *ff. eod. de acquir. hered.* quod facere posset, si se immiscuisset, antequam alius abstineret *d. l. cum hereditate*: Sed cum se immiscuerit, postquam alius abstinuit, scire debuit, se immiscendo, totam hereditatem acquirere *d. l. si duo in fin.* cum nemo possit partem hereditatis acquirere, partem repudiare, *l.* 1. & 2. *l. si solus.* 80. *ff. de acquir. hered. l. un.* §. *his ita definitis C. de caduc. toll.*

Tertium igitur argumentum ipsis suppeditat Paulus in *l. quæro* 54. §. *inter locatorem* 1. *ff. locat.*

21 Sed responsio patet ex iis, quæ supra annotavimus. De substantia locationis est merces, & sine ea non contrahitur, *princ. tit. inst. de locat. l. si vir uxori* 52. *ff. de don. inter. vir. & uxor. l. convenerit* 23. *ff. commun. divid.* & qui rem suam locat, eo animo locat, ut mercedem percipiat, eamque exigat a conductore; hic enim est unicus finis locationis: ac propterea verisimile non est, eum remisisse hanc necessitatem solvendæ quotannis pensionis, de qua convenit in contrahendo, & sine qua conventione locatio nulla fuisset. Quæ sunt de natura contractus, quæ respiciunt finem contrahentium, naturaliter insunt contractui, nisi quid contra expresse caveatur, *l. cum quid* 3. *ff. de reb. cred. l. exempto* 11. §. 1. & 2. *ff. de action. empt.* Locator promiserat, se non expulsurum conductorem; non tamen expresserat casum non solutæ pensionis. Recte respondit Paulus, verisimile esse, hunc casum comprehendere noluisse. Non ducit argumentum a dispositione Legis, sed a verisimili. Neque enim verisimile est, quemquam velle permittere alteri, ut re sua fruatur, cum mercedem solvere detrectat. Repugnat communis usus omnium hominum: repugnat natura contractus: repugnat finis contrahendi.

22 Opponunt etiam *text. in l. peto* 69. §. *fratre ff. de leg.* 2. Sed in hac Lege testator nihil disposuit, sed solum jussit, domum in familia relinqui. Heres nulli reliquit, sed domum alienavit. Si non alienasset, poterat cuicumque de familia relinquere, *l. filiusfam.* 114. §. *cum pater ff. de leg.* 1. cessante heredis dispositione, Lex ipsa disponit, & proximos vocat: & recte quidem, quia major erga eos testatoris affectio præsumitur. Si heres disposuisset, ex qualibet levissima conjectura ab hac vocatione recederetur, ut in *d.* §. *cum pa-*

*ter*

*ter in fin.* & in *l. cum pater* §. *a te peto ff. de leg.* 2. & in *l. cum ita* §. *in fideicommisso ff. eod.* ut supra monuimus.

23 Superest, ut explicemus Justiniani definitionem in *l. pen. C. de impub. & aliis substit.* non quia repugnet huic sententiæ, sed quia videtur omnino contraria Papiniani responso in *l. heredes mei* 57. §. *cum ita* 1. *ff. ad S. C. Trebell.* quod suscepimus explicandum. Quidam duobus filiis suis heredibus institutis ita substituit: *Si uterque impubes decesserit, Titius heres esto.* Titium heredem non futurum, nisi utroque in pupillari ætate decedente definivit Justinianus probata Sabini sententia.

Sed non sunt hæc contraria. Papinianus enim idem in simili casu respondit in *l. qui duos* 42. *ff. de vulgar. & pupill.* non potest autem probabiliter dici, Papinianum esse sibi ipsi contrarium. Itaque animadvertendum est, quod Papinianus in laudata *l. heredes mei* agit de fideicommisso, in quo conjectura potius, & mens testatoris observatur, quam propria significatio verborum, *l. cum proponebatur* 64. *in fin. D. de leg.* 2. quæ est ejusdem Papiniani. Nam, & sine verbis fideicommissa relinquuntur, *l. nutu D. de leg.* 3. Propterea licet neptis conceptione verborum a fideicommisso videretur excludi: tamen, ut ait ibi Papinianus, cum in fideicommissis voluntatem spectari conveniat, absurdum esse respondit, ut, quæ ad totam hereditatem a testatore vocata erat, a parte censeatur exclusa: nam quæ de tota re dicuntur, & de parte sunt intelligenda, *l. quæ de tota D. de rei vind.* Contra Justinianus in *l. pen.* agit de substitutione directa, nempe pupillari, in qua major habetur ratio verborum: & quod magis est, in ea concurrebant verborum significatio, & conjectura, seu præsumpta voluntas testatoris. Verba, quia substitutus vocatur sub conditione, *si uterque decesserit impubes*: ergo si uterque non decesserit impubes, non est vocatus. *l. si is qui ducenta* §. *utrum, versic. sicut e contrario D. de reb. dub.* nam qui sub conditione vocatur, sub contraria conditione excluditur, *l. quibus diebus* 40. §. *quidam Titio vers. quia nihil interfit D. de cond. & dem.* Verbis congruit voluntas; *cogitasse enim patrem primo filio decedente fratrem suum in ejus portionem succedere* ait ibi Justinianus. Et recte. Id enim omnino exigit necessitudo, & charitas filiorum, *ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere*, ut idem ait in *l. cum acutissimi in fin. C. de fideicom.* Si enim videtur prætulisse liberos substitutis, cum nullam eorum mentionem fecit *l. cum avus D. de cond. & dem. & d. l. cum acutissimi*: multo magis, quando eos nominavit, & heredes instituit, argumento *l. qui filiabus* 17. *in princ. D. de leg.* 1. Noluit igitur testator filiis suis testamentum facere, nisi eo casu, quo ad extraneos hereditas esset perventura.

---

## CAPUT II.

*Ad Eamdem L.*

### SUMMARIUM.

I *Vocatis masculis & feminis, feminas post masculos admittendas putant DD. ad imitationem ordinis intestatæ successionis.*

II *Interpretatio voluntatis nullo fundamento innixa non potest præferri propriæ verborum significationi.*

III *Conjectura interpretandi dispositionem testatoris juxta dispositionem Legis non admittenda.*

IV *Conjunctim vocatos, conjunctim admittendos Leges definiverunt.*

V *Nihil interest, utrum dicatur, masculi cum feminis, an masculi & feminæ.*

VI *Legum usus est, verbis conjungere eos, quos simul ad successionem admitti præscribunt.*

VII *Et ita testantium dispositiones ipsæ Leges interpretantur.*

VIII *Etiamsi testator non servaverit ordinem suc-*

*ſucceſſionis inteſtatæ*.

IX *Legibus potius parendum, quam DD. opinionibus*.

X *Idem traditum a DD. quando teſtator feminas æque ac maſculos vocavit*, & *n.* XI. XII.

XI *Particula* æque ac *exprimit æqualitatem*. & *n. XII. XIII.*

XIV *Quod ſubjicitur conjunctioni* quam, *aſſeverantius affirmatur, quam id quod ſubjicitur conjunctioni* tam. & *n. XV.*

1 OPinio, quam proxime confutavimus, ita invaſit in animos omnium fere pragmaticorum, ut ex eorum mentibus nec ulla Legum auctoritas eam evellere, nec ulla ratio labefactare, nec ipſa veritas poſſit extorquere. Non minus inſita eſt eorumdem animis; atque infixa altera ipſi conſequens, & conſentanea: quod ſi teſtator vocet ad hereditatem maſculos, & feminas, ſoli maſculi excluſis feminis admittantur; feminæ autem vocatæ cenſeantur ſolummodo poſt maſculos, qui ipſis a ſtatuto præferuntur in hereditate inteſtata: quam vulgatem opinionem, & in foro jam inveteratam, in quæſtionem diſceptationemque vocare conſtituimus. Enim-
2 vero nunquam in animum inducere potui, ſtructuræ verborum propriæque ac perſpicuæ ſignificationi anteponendam commentitiam, & nullo jure ſuffultam voluntatis interpretationem: qua efficitur, teſtatorem, quos oratione junxit, & copulavit, eos voluntate disjunxiſſe, ac ſegregaſſe, & feminas, quas cum maſculis vocavit ad hereditatem, excluſiſſe, & in remotiſſimum locum ablegaſſe, ut nunquam ſuccedant. Plane ſi Lex municipalis excludat feminas propter maſculos uſque ad ſextum vel octavum gradum, ut non raro evenit, feminæ, quæ teſtatori, vel neceſſitudine & ſanguinis conjunctione, vel amoris, & benevolentiæ vinculo erant arctiſſime conjunctæ, & cum ipſo conjunctiſſime atque amantiſſime vixerant, penitus excludentur ab hereditate, nec ad ejus ſucceſſionem unquam poterunt adſpirare. Quo quid abſurdius dici, aut excogitari poteſt? Porro quemadmodum Minervam veteres ex cerebro Jovis natam fuiſſe commenti ſunt; ita hæc conjectura non ex mente teſtatoris exorta per forum pervaſit, ſed ex cerebro Juriſconſultorum nata, atque profecta fere omnium animos occupavit. Teſtator vocat maſculos & feminas: Lex vocat maſculos excluſis feminis: teſtator orationis unitate maſculos cum feminis conjungit, & copulat: Lex maſculos a fe- 3
minis ſeparat, & quaſi quodam divortio disjungit, ac ſegregat. Suntne unanimes teſtator, & Lex? Suntne concordes teſtatoris, & Legis voluntates; an potius diſcordes, imo contrariæ? Si eſt interpres mentis, oratio *l. Labeo* 7. §. *ult. ff. de ſupellect. leg.* ſi in interpretanda voluntate teſtatoris ratio recti ſermonis habenda eſt, *l. Plautius* 8. *in fin. ff. de aur. & arg. leg.* ſi nemo videtur dixiſſe, quod verba non ſignificant *l. in ambiguo* 3. *de rebus dubiis.* ſi non eſt admittenda voluntatis quæſtio, ubi nulla eſt in verbis ambiguitas *l. ille aut ille* 25. *ff.* § *de legat.* 3. ſi non aliter a ſignificatione verborum recedi oportet, quam cum manifeſtum eſt, aliud ſenſiſſe teſtatorem, *l. non aliter* 69. *in princ. ff. de leg.* 3. (obſerva illa verba: *manifeſtum eſt*) hæc conjectura, quæ longe abhorret a verbis, & oratione teſtatoris, non ſolum repudianda eſt, ſed etiam explodenda.

Expendamus igitur ad normam nuſquam juris, quæ initio propoſuimus, verba teſtatoris, maſculos & feminas ad hereditatem vocantis. Neminem enim 4
tam audacem ac petulantem futurum arbitror, qui Doctorum interpretationem Legum interpretationi ducat anteponendam. Itaque in id redigo totam quæſtionem: utrum Leges, an interpretes perverſe judicent de voluntate teſtatoris, ejuſque verba perperam interpretentur: nam Leges conjunctos, ſimul & conjunctim admittendos eſſe definiunt: interpretes vero ſeorſum, ac ſeparatim. Ab-

Digitized by Google

Absurda profecto, & inepta controversia, nisi doctissimorum hominum judicio, & rerum judicatarum auctoritate niteretur. Sed jam quid Leges decernant, diligenter expendamus. Legislator noster Justinianus in *l. unic.* §. *his ita definitis, vers. hoc ita tam varie c. de caduc. tollen. Hoc ita tam varie, quia conjuncti quidem propter unitatem sermonis, quasi in unum corpus redacti sunt, & partem conjunctorum sibi heredum quasi suum praeoccupant.* Lex conjunctos in unum corpus redigit: interpretes hujusmodi corpus sermonis unitate copulatum & coagmentatum dilaniant, & membratim discerpunt, partesque a corpore divulsas dissipant, & longe lateque dispergunt. Ante Justinianum etiam veteres Jurisconsulti conjunctos in unum coactos tamquam unicum corpus consideratunt, ut in *l. liber homo* 59. §. *Titius* in *l. Lucius Titius* 53. in *l. interdum* 13. in *l. Julianus* 15. *in princ.* in *l. Actius* 11. *ff. de hered. instit. l. si quis Actio: alias l. si quis Titio ff. de usufr. accresc.* Et quamvis in *l. Lucius Titius* 88. §. *Lucius Titius ff. de leg.* 2. videatur, conjunctos a Scævola separatim consideratos fuisse, cum singulis æquales partes distribuantur, tamen vere non ita se res habet. Etenim in illo legato: *libertis, libertabusque meis*, comprehenditur etiam Seja, licet separatim fuerit a testatore nominata. Testator enim habebat plures servos ancillasque, quo testamento manumisit; habebat & Sejam, quam vivens manumiserat, & educaverat. Legavit prædiolum libertis, libertabusque suis: & quia dubitari poterat, an illud solummodo legaret iis, quos testamento manumiserat, an etiam Sejæ, quam manumiserat in vita, rei magis explicandæ, & dubitationis tollendæ gratia adjecit illa verba: *& quos hoc testamento manumisi, & Sejæ alumnæ meæ*, quibus declarat in legato relicto *libertis, libertabusque suis*, comprehendere tum libertos, qui ex testamento consecuti erant libertatem, tum Sejam, quæ libertatem obtinuerat in vita testatoris. Cum igitur legatum sit relictum libertis, libertabusque, omnes sunt in pari causa, & viriles partes habere debent: Quapropter recte respondit Scævola, *perspicuam esse, testatoris voluntatem, omnes ad viriles partes vocantis*. Perspicuum est enim ex verbis, testatorem omnes simul vocasse, & etiam Sejam comprehendisse illis verbis: *libertis, libertabusque meis*: adeoque ad virilem etiam Sejam admitti, cum non sit ab aliis sejuncta, atque distincta. Nec meo judicio defendi potest Bartoli aliorumque sententia, atque interpretatio, quæ a verbis ac mente Scævolæ est alienissima.

Id ipsum demonstratur, quantum arbitror, evidenter, quia neminem credo 5
dubitaturum, quin si vocati fuerint *masculi cum feminis*, feminæ simul cum masculis debeant succedere; nisi rectam rationem latini sermonis omnino pervertere velint, & ad successionem vocare, quos ipsi voluerint, non quos voluit ipse testator. Neque enim succedent masculi, cum feminis, si succedant soli masculi, feminis exclusis, facit *text. in l. si quis duobus. C. de impub. & al. subst.* Atqui nihil interest, utrum testator ita disponat: *ille cum illo*: an ita *ille, & ille l. si quis Actio* 7. *ff. de usufr. accresc.* Verba Legis: *nec enim interest ita legetur: illi, & illi cum Maevio; an ita: illi, & ibi, & Maevio*.

Huc accedit constans, & perpetuus juris usus, qui magister est optimus interpretandi legitimas hominum dispositiones. Nam quæ regula, quæ norma, quæ præscriptio servanda est, si traditam nobis a Legibus interpretationem repudiamus? Leges itaque quoties duos, pluresve simul ad successionem admitti præscribunt, eos verborum conjunctione copulant; nec alia ratione explicant voluntatem suam. Justinianus cum disponit ac præcipit, ut feminæ simul cum masculis admittantur ad intestatam successionem,

sionem, non aliter exprimit animi sensum Legisque praeceptum, quam masculos feminis oratione copulando. In §. *hoc etiam instit. tit. de legit. agnat. succ. Non solum fratris filius, & filia ad successionem patris sui vocentur &c.* In §. 1. *de SC. Orphitian. ad similitudinem filiorum, filiarumque & nepotes & neptes vocentur.* In *Novell.* 118. *cap.* 1. §. *si autem plurimi ascendentes vivunt, hos praeponi jubemus, qui ejusdem gradus reperiuntur, masculos, & feminas.* In *ead. Nov. in cap.* 3. *in princ. Si igitur defunctus neque descendentes neque ascendentes reliquerit, primos ad hereditatem vocamus fratres, & sorores* & paulo post *cum de patre, & matre, thiis, masculis & feminis.* Et infra *solis praebemus fratrum masculorum, & feminarum filiis*; & rursus, *quando cum propriis judicantur thiis masculis, & feminis*, & iterum *thiis masculis, & feminis defuncti.* In *l. cum quidam C. de V. S.* perinde est, ac si dixisset, *ille, & ille heres esto*; & deinde subdit, & concludit, quod aequa lance ambo veniunt ad hereditatem. Ergo ad mentem Justiniani verba illa: *ille, & ille heres esto*, significant, quod uterque aequa lance venire debeat ad hereditatem. Haec est eorum verborum interpretatio a Legislatore nostro nobis tradita. An haec sit praeferenda Doctorum interpretationi, non disputo: quilibet hac de re judicium faciat. Hoc tantum addo ad interpretes nostros, ut ad dispositionem Legis trahant voluntatem testatoris, qui testando ab ea recessit, & ipsam cessare fecit, recedunt a recta ratione sermonis a Lege semper usurpata, & vim inferunt tum verbis testatoris, tum ejus voluntati, tum sacrosanctis Legibus.

7 Neque solum usitata est, & in nostris Legibus translatitia ea loquendi ratio: sed etiam ita testantium voluntatem eaedem Leges interpretantur. In *l. cum quidam C. de verb. sign.* modo laudata. Si institutus sit ille, & ille, uterque aequa lance admittitur ad hereditatem. In *l. si ego, & servus* 26. *ff. de acquir. vel omit. hered.* Si pater & filius instituti sunt, uterque simul est heres: itemque si dominus & servus. Et quamvis servus domino, filius patri acquirat hereditatem, tamen & servus jussu domini, & filius jussu patris adire debent: iisque adeuntibus, statim dominus & pater etiam ex sua portione acquirunt hereditatem: sed ad utrumque simul defertur hereditas, dominum, & servum, patrem & filium. In *l. si quis duobus C. de impub. & aliis substit.* Titius una cum filiis suis & Semptonius heredes sunto. Titium & Sempronium simul admittit ad hereditatem Imperator, & dimidiam Titio una cum filiis suis, alteram dimidiam Sempronio tribuit. In *c. Raynutius de testam. quod relictum fuerat fratri, & ejus filiis, omnibus debetur, nec frater suis filiis praefertur.*

Imo (quod magis est, & tollit omnino controversiam,) non absimili modo voluntatem testantium Leges interpretantur, quando a testatore non est servatus ordo succedendi ab intestato, nec eam trahunt ad Legis praescriptionem. In laudato *c. Raynutius de testam.* Pater filiae sine liberis decedenti substituit ejus sororem, & sobolem, quam gerebat in utero. Defuncta filia sine liberis, summus Pontifex admisit ex substitutione sororem simul cum filio, quem genuerat: licet ab intestato sola succederet soror, nepos autem nonnisi post mortem sororis vocetur. In *l. Lucius Titius* 88. §. *instituto* 15. *ff. de leg.* 2. Pater instituit filium & ex eo nepotes emancipatos: ipsi simul cum patre admittuntur, qui utique non succederent ab intestato, nisi mortuo patre, qui eos praecedit, §. *sui autem instit. tit. de hered. quae ab intest.* In *ead. l.* 88. §. *matre.* Testator instituit heredes matrem & uxorem. Supponit Jurisconsultus utramque simul succedere. Non servatur igitur inter eas ordo successionis ab intesta- 8

ftato, quia uxor fuccedit ultimo loco poft omnes agnatos & cognatos *l. un. C. unde vir. & uxor.* §. *fed eas inftit. tit. de bonor. poffeff.* In *l.* 4. *C. de impub. & aliis fubftit.* Imperator fupponit teftatorem inftituiffe Firmianum filium fuum, & Æliam uxorem, & tam filium, quam uxorem fimul hereditatem obtinuiffe.

9 Quibus probe conftitutis, ita concludo. Leges difponunt voluntatem teftatoris pro Lege fervandam *authent. de nupt. cap.* 2. §. *difponat.* Eædem Leges interpretantur voluntatem teftatoris vocantis plures conjunctim, quod voluerit eos fimul fuccedere, ut probavimus; ergo aut infringendæ funt Leges, & abolendæ, aut eft explodenda vulgaris opinio Doctorum admittentium mafculos, & excludentium feminas, quando teftator vocavit mafculos & feminas, eofque copulavit conjunctione verborum in eadem hereditate. In hoc igitur fumma controverfiæ tota confiftit, parendum ne fit Legibus, an effictæ a Doctoribus imagini veritatis.

10 Non tamen hic confiftunt interpretes, fed ( ut eft natura Jurifconfultorum, ut, cum aliquam opinionem in vulgus ediderint, ubi ea percrebuit, aliam ex alia comminifcantur, & ad ejus fimilitudinem dirigant, donec a veritate longiffime aberrent ) longius progrediuntur, & non folum excludunt feminas, quando teftator vocavit *mafculos & feminas:* Sed etiam, quando vocavit tam *mafculos, quam feminas:* hoc eft, non folum disjungunt feminas a mafculis, quando eas teftator fermonis conjunctione copulavit; fed etiam quando feminas cum mafculis æquavit, atque eas æque ac mafculos vocavit. Nam grammatici omnes confentiunt, has particulas habere vim exprimendi æqualitatem, & paria paribus conferendi: perinde ac fi dicatur: *mafculos eque ac feminas:* quemadmodum Cic. *Lib.* 2. *epift. ad Curionem, Cui charus æque fis, & jucundus, ac fuifti patri. & Acad.* 4. *Somnia dormienti æque ac vigilanti probantur.* Quam religiofe autem in interpretanda defunctorum voluntate rationem recti fermonis tenuerint veteres jurifconfulti, cum alia multa demonftrant, tum refponfa Labeonis & Trebatii in *l. qui quatuor* 30. *in princ. ff. de leg.* 3.

Jam vero rem penitus introfpiciamus, 11 & horum verborum vim accurate expendamus. Plaut. *in Afinar. Act.* 3. *fcen.* 4. *in fin. tam ego homo fum, quam tu.* & in *Captiv. fcen.* 4. *tam ego fui ante liber, quam gnatus tuus.* Cicer. *epift.* 2. *Lib.* 5. *Tam fum amicus reip. quam qui maxime.* Et *in orat. pro Sylla. Tam fum mifericors, judices, quam vos: tam lenis, quam qui leniffimus.* Virgil. *Georg. Lib.* 1. *v.* 204.

*—— Tam funt Arcturi fidera nobis*
*Hædorumque dies fervandi, & lucidus Anguis,*
*Quam quibus in patriam ventofa per æquora vectis*
*Pontus, & oftriferi fauces tentantur Abydi.*

Ad Legum auctoritatem procedamus. In 12 *l. non folum* 11. §. *fi mandatu ff. de injur. Si mandatu meo facta fit alicui injuria, plerique ajunt tam me, qui mandavi, quam eum, qui fufcepit injuriam, teneri.* In *l. liberis tam mafculini, quam feminini fexus.* In *princ. tit. inftit. de hered. inftit. heredes inftituere poffumus tam liberos homines, quam fervos.* In *l. uxori* 33. *in princ. ff. de leg.* 3. *cum tam teftamenti faciendi tempore, quam mortis totam domum in ufu habuerit.* In *l. hoc legatum* 45. *ff. eod. hoc legatum* uxoris caufa parata *generale eft, & continet tam veftem, quam argentum, aurum & ornamenta, cæteraque, quæ uxoris gratia parantur.* In *l. pro herede in princ. ff. de acquir. hered. pro herede autem gerere non effe facti quam animi: Nam hoc animo effe debet, ut*

*velit heres esse*, vel ut alii legunt; *non esse tam facti quam animi*: Sed nihil mutandum, nam veteres JC. aliquando particulam *tam* omittunt, & subintelligi volunt.

13 Sed ut cominus congrediamur, Leges de successione pertractantes exponamus. In §. *ceterum versic. quare inst. tit. de legit. agn. success. quare enim uno eodemque gradu naturali concurrente, & agnationis titulis tam in masculis, quam in feminis aequa lance constitutis &c. Instit. tit. de SC. Orphit. in princ.* & *data est tam filio, quam filiae legitima hereditas*. In §. *item vetustas* 15. *instit. tit. de hered. quae ab intest. Sed cum nepotis, & pronepotis nomen commune sit utrisque, tam qui ex masculis quam qui ex feminis descendunt, ideo eundem gradum, & ordinem successionis eis donaverunt*. In *l.* 2. §. *liberi ff. ad SC. Tertyllian. Liberi defuncti sui quidem obstabunt matri ejus, tam virilis sexus, quam feminini, tam naturales, quam adoptivi*. In *ead. l.* §. *objicitur matri pater in utriusque bonis tam filii, quam filiae*. Paulus *Lib.* 4. *sentent. tit.* 8. *soror jure consanguinitatis tam ad fratris, quam ad sororis hereditatem admittitur*. In *l.* 1. §. *liberos ff. si tab. testam. nullae extab. & unde liberi*. *Liberos autem accipere debemus, quos ad contra tabulas admittendos diximus tam naturales, quam adoptivos*. In *l. ut liberis* 17. *C. de collat. ut liberis tam masculini, quam feminini sexus, sive sui juris, sive in potestate constitutis &c.* In *l. unic.* §. *sin autem ex iis C. de caduc. toll. Sed ad omnes tam conjunctos, quam disjunctos similiter cum suo onere pro portione hereditatis perveniat*. Et in §. *haec autem omnia locum habere censemus tam in testamentis, quam in codicillis*. In *l. cum oportet C. de bon. quae lib. Cum oporteret similem providentiam tam patribus, quam liberis deferri*.

Imo si verborum vim accuratius, & 14 exquisitius perpendamus, id quod subjicitur conjunctioni *quam*, asseverantius affirmatur, quam quod subjicitur conjunctioni *tam*, & cum illud compertum, exploratumque habeatur, ex eo deducitur affirmatio, & comparatio, ut hoc etiam pro certo habeatur. *Terent. in Eunuch. Act.* 4. *scen.* 4. *Parmenonis tam scio esse hanc technam, quam me vivere*. Certius est, eum vivere, quam technam illam esse Parmenonis: sed ut hoc quoque credatur esse certissimum, cum eo, quod exploratissimum est, comparat, & aeque certum esse affirmat. Cicer. *prim. in Verr. quod si quam audax est ad conandum, tam esset obscurus in agendo* & in *Caecil. divinat. Ecquis unquam tam palam de honore, tam vehementer de salute sua contendit, quam ille, atque illius amici, ut ne haec mihi delatio detur*, & *Lib.* 5. *epist.* 2. *tam sum amicus Reip. quam qui maxime*, & *Lib.* 13. *ep.* 3. *tam mihi gratum id erit, quam quod gratissimum*, & *epist.* 20. *Lib.* 13. *ad Attic. Vellem tam domestica ferre possem, quam ista contemnere*, Ovid. *de Ponto eleg.* 14.

*Tam felix utinam, quam pectore candidus essem*.

Hoc ipsum Leges nostrae confirmant. 15 In *l. verbum oportebit* 8. *ff. de Verb. sign. Verbum oportebit tam praesens, quam futurum tempus demonstrat*. Utique certius est, demonstrare futurum tempus, quam praesens. In *l. non solum* §. *si mandatu ff. de injur. Si mandatu meo facta sit alicui injuria, plerique ajunt tam me, qui mandavi, quam eum, qui suscepit, injuriarum teneri*. Eum, qui injuriam fecit, injuriarum teneri manifestum: ex eo autem deduci-

citur comparatio ad eum, qui mandavit, ut eum quoque æque teneri cum affeveratione affirmetur. In *l. pen. C. de his quib. ut indign.* ait Imperator. *Cum Syllanianam Senatusc. nobis tam laudandum, quam corroborandum est:* agitur ibi de corroborando, & ex eo ducit argumentum laudis. In *l. non dubium C. de testam. Non dubium, nec incertum est, sicut imperatoribus, ita qualibet dignitate, vel potestate decoratis viris tam hereditatem, quam legatum seu fideicommissum relinqui posse.* Plura omitto. nam

*Non profecturis littora bobus aro.*

Tam enim persuasum est, in foro versantibus veram esse contrariam opinionem, quam solem lucere.

---

## CAPUT III.

*Ad L. quisque 116. ff. de Verb. sign.*

### SUMMARIUM.

I *Filii appellatione filias contineri ex mente testatoris apud Ictos obtinuit.*
II *Secus tamen respondendum, si constet de contraria testatoris voluntate.*
III *De masculis sensisse perspicue conjicitur, si in alia parte de filiis masculis locutus sit.*
IV *Etiamsi in diversa oratione id factum fuerit.*
V *Repetitio qualitatis valde differt ab interpretatione verbis ambigui.*
VI *Ex aliis testamenti partibus declaratur, quid testator senserit.*
VII *Qualitatis in alio legato repetendæ mentionem factam esse oportet in eadem oratione.*
VIII *Contemplatio agnationis ad hoc non afferenda.*
IX *Hæc interpretatio magni ponderis est, etiamsi in alia parte, ex qua declaratur, eadem non sit ratio solos masculos vocandi.*
X *Regula: ubi voluit, dixit; ergo, ubi non dixit, noluit: perperam deducitur ex l. un. §. fin. autem ad deficientis C. de cad. toll.*
XI *Voluntas testatoris ex natura actus maxime cognoscitur.*

ALtera quæstio est: an vocatis filiis, etiam filiæ feminæ vocatæ censeantur, si testator in alia testamenti parte de filiis masculis mentionem
fecerit. Constat filii appellatione filiam 1
contineri, *l. quisquis 116. l. justa 201. ff. de V. S. l. si ita scriptum ff. de leg. 2. l. si quis ita 26. in princ. ff. de testam. tut.* Id tamen apud veteres fuit controversum: Labeo enim contra sentiebat, etiamsi adjectum fuisset verbum universale, *quisquis filius d. l. quisquis.* Sed reprobata fuit Labeonis sententia, & approbata sententia Proculi a Jaboleno ea ratione, quia Labeo figuram verborum, Proculus mentem testatoris secutus est, *d. l. quisquis.* Igitur sexus masculinus continet femininum *l. qui duos 61. in fin. & l. servis legatis 81. in princ. ff. de leg. 3. l. pronunciatio 195. in princ. ff. de V. S.* non quidem secundum figuram, hoc est, significationem verborum; sed justa interpretatione, qua Jurisconsulti & Imperatores verborum significationem ad feminas extenderunt *l. justa 201. ff. de V. S. l. cum in adoptivis 10. §. quæ in filio*
*4. C. de adoption.* Eo fit, ut si de 2
contraria voluntate testatoris constituerit, secus respondendum sit. Verbum enim ambiguum est: & quidem non sui natura, sed prudentum interpretatione. In ambiguo autem sermone non utrumque dicimus, sed id tantum, quod volumus, *l. in ambiguo 3. ff. de reb. dub.* Apposite Jabolenus in *d. l. justa* dixit *appellatione filii filiamfam. contineri sæpe respondimus.* Sæpe est plerumque, non semper. Et Ulpian. in *d. l. pronunciatio: ad utrumque sexum plerumque porrigitur;* nam si probabile sit, testatorem de masculis sensisse, facile verbum ad propriam significationem, naturamque recurret: & Labeo-
nis sententia prævalebit. Satis autem 3
per-

Digitized by Google

perspicue conjicimus testatorem de filiis masculis cogitasse, & ad eos retulisse sermonem, cum alibi de filiis masculis locutus est. Hæc enim conjectura a Legibus ubique magni penditur; & secundum eam respondent illi ipsi, qui nomen filii ad filias extenderunt.

Ulpian. in *l. qui filiabus* 17. *in princ. ff. de leg.* 1. *Qui filiabus legavit: si mentionem aliqua parte testamenti posthumæ fecit, videtur in filiarum legato, & de posthuma sensisse.*

Id. in *l. si servus plurium* 50. *in fin. ff. eod.* Legatus certus numerus nummorum, nec expressum, cujus generis, cujus qualitatis nummi legati sint. Respondit Ulpianus: *earum, quæ præcedunt, vel quæ sequuntur, summarum scripta spectanda sunt.*

4 His duabus legibus evincitur, errare eos, qui putant hoc admittendum solummodo, cum nomen *masculi* adjectum est in eadem oratione: secus autem, si in diversa. Clara sunt verba legis: *si mentionem aliqua parte testamenti posthumæ fecit*; &: *earum quæ præcedunt, vel quæ sequuntur*. Multæ aliæ sunt leges, quibus id docemur, ut *in l. Mævia* 43. *ff. de manum. test.* Ibi: *contextus verborum totius scripturæ*, *l. nummis* 75. *ff. de leg.* 3. Ibi: *neque ex contextu testamenti*. Sed de his uberius disserui in antecedentibus. Quid ad has leges respondent? Nihil. Standum est eorum auctoritati.

5 Hic autem plerorumque errorem detegam necesse est. Non distinguunt repetitionem qualitatis ab interpretatione verbi ambigui: & in hac quæstione disputant, quando testator videatur repetiisse masculinitatem. Status nostræ quæstionis est longe diversus. Hoc quæritur: an testator nominando filios, de masculis senserit, an vero etiam feminas comprehenderit. Si propriam verborum significationem, secutus est solum masculos: si prudentum interpretationem, masculos & feminas comprehendisse dicemus. Est hoc verbum ambiguum: quid voluerit testator significare, nemo melius declarare potest, quam ipse testator: satis autem declarasse videtur voluntatem suam; hoc est, quid nomine filiorum intellexerit, quoties ex aliis testamenti partibus constat, eum sensisse de masculis. Nulla hic opus repetitione: sola verbi ambigui interpretatio, & declaratio in hac quæstione versatur. Eadem prorsus est quæstio de posthumis: *Nomen filiarum & in posthumam cadere, quæstionis non est*, inquit Ulpianus in *l. nomen* 164. *ff. de V. S. l. si quis* 5. *ff. de testam. tut.* Sed si quis legaverit filiabus, non videtur legasse etiam posthumæ. Legata enim relinquuntur ob merita, *l. nec adjecit ff. pro soc.* nullum autem meritum esse potest ejus, qui non est in rebus humanis. Nec eadem est affectio, imo nec esse potest erga filiam, quæ nondum est, & fortasse nunquam erit: ac erga viventes, & notas testatori. Igitur in legatis nomine filiarum posthuma non continetur: verumtamen si aliqua testamenti parte posthumæ mentionem fecerit, de ea quoque sensisse creditur, *d. l. qui filiabus*, non quidem vi tacitæ repetitionis, sed interpretationis ductæ ab intelligentia sensuque testatoris. Haud aliter in *d. l. si servus* 50. *in fine*, summæ, quæ præcedunt, aut quæ sequuntur, non repetunt in legato certi numeri nummorum, nec repeti possunt; perverterent enim ac mutarent legatum; finge, legati sunt centum nummi, dubitatur cujus generis nummi legati sint. Proprie nummus est sestertius, & ita accipiunt omnes latini auctores, qui nomine nummi sestertium semper significant. Nihilominus quia sunt nummi argentei, *l. lege* 9. *ff. de leg. Cornel.* cujusmodi erant sestertii: sunt etiam nummi aurei, *l. quicumque* 8. *ff. eod.* id-

idcirco incertum est, testator argenteosne, an aureos legare voluerit. Si præcedant, vel sequantur similia legata, quorum summa vel proxime accedat, vel excedat summam centum aureorum: etiam in hoc legato de centum nummis aureis sensisse testatorem responsum est. Non possunt hic repeti summæ sine eversione ipsius legati. Hoc tantum præstat aliarum summarum consideratio, quod nobis demonstrat, quid senserit testator, quid verbo ambiguo significare voluerit.

Atque hæc interpretatio necessaria est, ne pereat legatum. Repetitio autem necessaria non est ad sustinendum legatum, quod etiam sine repetitione valebit: & cum extrinsecus adsciscat qualitatem, aut conditionem, quam testator ipse non adjecit, facile non debet admitti. Eo
7 fit, ut requiratur in eadem oratione factam fuisse mentionem ejus qualitatis, quæ in alio legato repetenda est. *In l. Sejæ* 20. §. 2. *ff. de l. instrum. vel instr. Gajo Sejo alumno meo fundos meos illum, & illum, ita ut instructi sunt, & domum superiorem dari volo:* etiam domus instructa dari debet, cum eadem oratione eodemque legato continеatur, & fundis copuletur, nisi aliud sensisse testatorem, heres manifeste doceat. Quamquam vere non ex repetitione id fit, sed potius, quia verba illa, *ita ut instructi sunt*, referuntur etiam ad domum. Similiter in *l. ult.* §. *ult. ff. de trit. vin. & ol. leg.* & in *l. nam quod liquidæ* 4. §. *ult. ff. de pen. leg. omnem penum præter vinum, quod Romæ erit*: verba *quod Romæ erit*, afficiunt etiam penum. Cæterum vera repititio; nempe cum id, quod in una dispositione testator adjecit, ad aliam quoquo traducimus, admittenda non est, nisi evidens aliqua ratio id suadeat. Sed hac de re copiose diximus in superioribus. Quamobrem probe errant, qui repetitionis inducendæ regulas transferunt ad interpretationem verbi ambigui.

Errant pariter & illi, qui distinguunt, 8
utrum testator familiæ suæ & agnationis conservationem fuerit contemplatus, an non: primo casu filiorum nomen solos masculos ajunt comprehendere: secundo non item. Etenim hi evertunt ac destruunt regulam traditam in *l. qui filiabus*, in *l. si servus*, & in aliis legibus, quas supra recensuimus: subvertunt regulam, quod una pars testamenti aliam declaret, qua nihil aptius & conducibilius ad explicandam nominis ambiguitatem, & obscuram testatoris mentem ac voluntatem in lucem veritatis proferendam. Quoniam agnationis contemplatio, familiæque conservatio, ipsa per se sola sufficit ad excludendas feminas, in quibus familia finitur, *l. pronunciatio* 195. *in fin. ff. de V. S & l. seq.* superflua igitur est, & inutilis regula, quæ in laudatis *ll.* constituitur. Et sane quam alienum & absurdum esset intrudere quæstionem agnationis & conservationis familiæ in legato relicto filiabus, in legato nummorum & similibus? Sed has leges nihili faciunt quasi alienas a proposita quæstione, & ad rem nihil attinentes.

Multo tolerabilior est error eorum, 9
qui putant, valere hanc regulam, cum eadem est ratio vocandi solos masculos in utraque parte testamenti; aut cum major est, ratio in ea dispositione, in qua filii simpliciter sunt vocati. Enimvero si par, aut major ratio sit, verissimum est, nomen filiorum ad solos masculos referri; sed de hoc nulla est controversia: & argumentum ducitur potius ab identitate, & majoritate rationis, ut ajunt, quam a verbi ambigui recta interpretatione ex mente, sensuque testatoris. Non tamen verum est, requiri parem eamdemque rationem in utroque casu; eaque deficiente levem, atque inanem esse hanc interpretationem. Nusquam enim in jure nostro veteres tale quidpiam attigerunt. Sola mentio posthumæ in aliqua parte testamenti sufficit Ulpiano

piano in *l. qui filiabus ff. de leg.* 1. nihil curat de ratione: nihil requirit præter solam mentionem: factane fuerit in alia dispositione, an alio modo, non quærit: sufficit, eum de posthumis cogitasse, & filiarum numero posthumas habuisse. Atque id unice requiritur in hoc genere interpretationis, *l. quæsitum* 12. §. *Papinianus quoque* 45. *ff. de instr. l. inst. l. qui militabat* 78. §. 1. *versic. veteres ff. de hered. inst. l. si quis vinum* 9. *in princ. vers. hæc omnia*, & *l.* 1. *ff. de trit. vin. & ol. leg. l. servis urbanis* 99. *in princ. ff. de leg.* 3. Porro hi DD. prolabuntur in eum errorem, quem initio refutavimus. Nimirum non distinguunt repetitionem a verbi ambigui interpretatione. Ad repetendam conditionem vel aliquam qualitatem extrinsecam plerumque requiritur rationis identitas: ad interpretandum verbum ambiguum sola declaratio testatoris ubicumque, & quomodocumque facta sufficit. Verum enim vero non negaverim, quod si in dispositione, in qua testator expressit filios masculos, sit aliqua ratio specialis, qua constet, eum adductum fuisse ad excludendas feminas, quæ deficiat in dispositione, in qua simpliciter filios nominavit; in hac dispositione filiorum nomen etiam feminas posse comprehendere. Sed hoc probare tenentur ipsæ filiæ, quæ se comprehensas esse contendunt.

10 Superest, ut confutemus opinionem eorum, qui hanc speciem interpretationis nihili faciunt, & sequuntur contrariam regulam; ubi voluit, dixit, ergo, ubi non dixit, noluit; quam deducunt ex *l. unic.* §. 11. *vers. sin autem ad deficientis C. de cad. tollend. nam si contrarium volebat, nulla erit difficultas conjunctim eam disponere.*

Respondetur, eam Justiniani constitutionem, quæ est unicum contrariæ sententiæ fundamentum, nihil ad rem nostram pertinere. Non agitur ibi de interpretatione verbi ambigui: sed de voluntate testatoris secundum naturam legati, quod reliquit, interpretanda. Non quæritur, quid verba testatoris significent: sunt enim clara; nec ulla in his est ambiguitas: imo testator de onere in collegatarium transferendo *ne verbum quidem.* Solum quæritur, quid ferat natura legati disjunctim pluribus relicti: & a Justiniano ponitur differentia, quæ intercedit inter legatarios conjunctos, & disjunctos: eaque est, quod uno deficiente, pars ejus conjuncto accrescit cum onere: disjuncto vero sine onere. Id provenit ex diversa natura utriusque legati. Conjuncto proprie accrescit pars conjuncti deficiens: disjuncto proprie non accrescit, sed sibi non decrescit. In conjunctis, altero deficiente, alterius legatum augetur: in disjunctis non minuitur, *d. l. un.* §. *ubi autem* 11. *vers. sin vero non omnes*. Hæc ideo quia in disjunctis testator ipsa conceptione verborum solidum singulis assignat: licet velit, singulos partem virilem habere, si omnes concurrant: concursu scinditur inter eos legatum, §. *si eadem* 8. *inst. tit. de legat.* & partes fiunt *l. plane* 34. §. *Sed si* 10. *ff. de leg.* 1. *l. conjunctim* 80. *ff. de leg.* 3. Cæterum si alter non concurrit, alter solidum habet ex sua persona, non ex persona deficientis: cum enim solidum habuerit a testatore, nec alter ab eo partem ullam abstraxerit concurrendo, suo jure solidum obtinet legatum nulla in parte a collegatario diminutum *d.* §. *ubi autem versic. sin vero.* Contra in conjunctis altero deficiente, alter, qui legatum agnoscit, partem deficientis ex ejus persona capit proprio jure accrescendi: quoniam licet testator videatur singulis solidum dedisse; tamen vi ipsa conjunctionis tum rei legatæ, tum verborum, singulis dedit. Nam qui dat Titio & Sempronio rem aliquam, cum integram quilibet habere non possit, re ipsa dat utrique dimidium. Quocirca olim in legato damnationis pars deficiens penes heredem remane-

Digitized by Google

manebat, si conjunctim legatum fuisset; si disjunctim, solidum legatum legatarius obtinebat, *Ulpian. tit.* 24. §. 13. *l. plane* 34. §. *si conjunctim ff. de leg.* 1. *l. si Titio* 7. *ff. de leg.* 2. etiamsi ambo concurrant, Cajus *lib.* 2. *inst. tit.* 5. §. 5. Ulp. *ibid.* §. 12. Pro diversa horum legatorum natura statuit Justinianus, ut conjuncto pars deficiens accrescat etiam invito, & cum onere adjuncto juxta regulam *text. in l. qui in jus* 177. *ff. de R. J. & l.* 4. *ff. de legat.* 2. *& l. si Titio* 61. §. *ult. ff. eod.* disjuncto vero volenti dumtaxat, & sine onere. Et hoc statuit secundum voluntatem testatoris, qui *si contrarium volebat, nulla erit difficultas conjunctim ea disponere.* Recte sane. Semper enim intelligendum est, tum contrahentes, tum testatores disposuisse secuncundum naturam actus, nisi expressim contrarium declaraverint, ut luculenter ostendimus in superioribus.

11 Præterea etiamsi ageret Imperator de interpretatione verbi ambigui, tamen nihil contra nos probaret, quia nullum aliud verbum clarum & indubitatum est, ex cujus significatione sumi possit ambigui verbi interpretatio, & cognosci voluntas testatoris. Hic autem nulla opus est interpretatione, quia ea satis cognoscitur ex natura legati, ex natura actus. Itaque hæc constitutio Justin. a nostra quæstione est alienissima. Non nego tamen, audiendas esse feminas, si velint probare, se nomine filiorum comprehendi: sed ipsis onus probationis incumbit, quia contra eos stat regula, & præsumptio juris.

## CAPUT IV.

### *Ad L. quonian sororem C. de jur. deliber.*

### SUMMARIUM.

I *Hereditas non adita non transmittitur. Idem est de bonorum possessione.*
II *Hereditas ex testamento legis auctoritate nobis acquiritur.*
III *Item & multo magis hereditas ab intestato.*
IV *Jus adeundi hereditatem an transmitti possit & n. V.*
VI *Exponitur l. 4. in fin. cum l. seq. ff. de bonorum possess. contra tab.*
VII *Bonorum possessio, quæ ex æquitate prætoris decernitur, non ex jure defuncti competit, sed ex prætoris auctoritate.*
VIII *Exponitur l. 3. §. eleganter ff. ad SC. Syllan.*
IX *Explicatur l. qui patri 59. ff. de acquir. hered.*
X. *Bonorum possessio infantis nomine agnita, eo die functo in infantia, ad heredes transmittitur.*
*Sui heredes transmittunt bona & hereditatem paternam ad heredem quasi proprium ipsorum patrimonium, non quasi patris hereditatem non aditam.*
XI *Bonorum possessionem vero, nisi agnita fuerit, non trasmittunt.*

HEreditas non adita non transmittitur. Justin. in *l. un.* §. *in novissimo C. de caduc. toll. Hereditatem, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur.* Idem confirmat in *l. quoniam sororem*, & in *l. si infanti* §. *sin vero C. de jure deliber.* Idem traditum de bonorum possessione in *l. emancipata* 1. *C. qui admitti.* Adeo ut etiamsi per alium heredis nomine fuerit agnita, & heres moriatur, antequam ratam habuerit agnitionem, eam non transmittat. Quod luculenter explicatur ab Ulpiano in *l.* 3. §. *acquirere ff. de bon. possess.* 1

In investiganda certissimæ hujus regulæ ratione discruciantur interpretes nostri. Sex numero collegit & refuta- 2

vit doctissimus Gomez. Dicam & ego, quod sentio. Rem altius puto esse repetendam. Lex XII. Tab. amplissimam disponendi de rebus suis facultatem omnibus tribuit. Uti quisque legaverit rei suæ, ita jus esto, *l. verbis legis* 120. *ff. de V. S.* Si hæres a testatore institutus hæreditatem adeat, statim acquirit hæreditatem, & omne jus defuncti, *l. hæres quandoque* 54. *ff. de acquir. vel om. hæred.* atque id legis auctoritate, quæ testamentarias hereditates confirmat, *l. lege obvenire* 130. *D. de V. S.* Itaque lege obvenit hæreditas hæredi instituto, *d. l. lege obvenire* 130. non autem ejus hæredi, qui a testatore vocatus non est: adeoque ejus vocationem & institutionem Lex non confirmat, neque potest confirmare, deficiente testatoris dispositione. Cum autem Lex invito non deferat hereditatem, præterquam hæredibus necessariis: consequens est, hærede non adeunte, destitui testamentum & irritum fieri, *l. 1. ff. de injust. rupt. princ. tit. inst. de hæred. quæ ab int.* quoniam hæredis institutio caput est, & fundamentum totius testamenti. §. *ante hæredis* 34. *inst. tit. de legat.* & vires capit ab institutione, *l. quod per manus* 10. *in fin. ff. de jur. codicill.* nec potest ullum testamentum valere, quod hæredem non habet. *l. penult. vers. nec potest, ff. de his, quæ in testam. del.* Destituto, atque irrito facto testamento nemo quidquam juris habere potest ex eo: deferenim hæreditas ab intestato, *l. si quis filium* 34. *prope fin. C. de inoff. test.* Ibi: *testamento remoto ab intestato eum vocari l. scripto 7. in princ. ff. si tab. test. null. ext. l. quamdiu* 39. *ff. de acquir. hæred.* & omne jus habet hæres ab intestato, cui Lex ipsa defert hæreditatem. §. 1. *& seqq. instit. de hæred. quæ ab int.* Hæres igitur ejus, quem testator instituit, nullum jus habere potest. Non ex testamento, quod irritum est, & non subsistit: non ex voluntate testatoris, qui eum neque vocavit, neque instituit: non ex legis auctoritate, quæ solum fovet, & tuetur institutos a testatore, cujus dispositionem confirmat: non ex jure hæredis instituti, qui habet quidem facultatem adeundi; sed si nolit, aut non possit adire, non potest alium hæredem facere, transmittendo in eum hæreditatem non aditam, in quam nullum jus habet.

Eadem ratio, imo multo major, est 3
in hereditate intestata, quæ legitima appellatur, quia a sola lege defertur, & jure legitimo nobis obvenit, *l. 3. §. de illo ff. pro soc.* Lex autem eamdem defert quibusdam certis personis, hoc est, proximis in suo cuique ordine: nec personas a lege vocatas prætergredi potest, *l. 2. §. legitima ff. de suis & legit. hered.* Ibi: *legitima hereditas tantum proximo defertur.* Si defertur tantum proximo, non defertur ejus heredi: non potest igitur eam acquirere, *l. delata ff. de V. S.* Certissimo argumento est, quod proximo, qui vocatus erat a lege, non adeunte, alteri proximiori, qui deinceps eum gradu sequebatur, hereditas vacans minime deferebatur. Nam ne inter proximos quidem, quamvis a lege vocatos, erat successio, §. *placebat instit. tit. de legit. agnat. success. l. 1. §. sciendum, & l. 2. in princ. ff. de suis & legit. hered.* Si proximo, cui delata fuerat hereditas, non adeunte, successio expirabat, & sequenti non deferebatur, licet esset ex ordine, ac numero eorum, qui a lege vocabantur: multo minus deferri poterat ad proximi non adeuntis heredem, qui non est de numero vocatorum a lege.

Hoc probe stabilito & fixo, excu- 4
tienda sunt ea, quæ contra opponuntur. Primum autem illud putant insolubile argumentum. Quamvis transmitti non possit ipsa hereditas, quia non est

est in bonis nostris, *l. pretia rerum ff. ad leg. Falcid.* tamen transmitti potest jus adeundi, quod habet ad hereditatem vocatus, ex quo ei delata fuit hereditas, *l.* 3. *C. de inst. & subst.* quod nonnisi triginta annis præscribitur, *l. licet, C. de jure delib.* adeoque eo mortuo jus hoc adeundi transire debet in heredem, in quem transeunt omnia jura defuncti, *l. heres in omne* 37. *ff. de acquir. vel omit. hered. l. nihil aliud, ff.* 24. *de V. S.*

In promptu est ex dictis responsio. Jus adeundi non habet nisi ille, cui delata est hereditas: hic enim solus eam potest acquirere, *l. delata* 151. *ff. de V. S. l. is qui heres* 13. *in princ. l. nec is* 17. *in fin.* juncta *l. seq. l. si is ad quem* 22. *ff. de acq. vel om. hered.* Atqui heredis heredi non defertur hereditas, neque ex testamento, quia non est institutus: neque ab intestato, quia non vocatur a lege, cum non sit proximus, ergo non potest habere jus adeundi.

6 Secundo loco contrarium videntur respondisse Paulus, & Julianus in *l.* 4. *in fin. cum l. seq. ff. de bon. possess. contra tab.* Species legum hæc est, Pater reliquit filium jam natum, & uxorem prægnantem: filium instituit, posthumo præterito. Notat Paulus, quod filius institutus potest agnoscere bonorum possessionem contra tabulas, etiam antequam nascatur posthumus, ut si decedat, antequam nascatur posthumus, beneficium bonorum possessionis ad heredem transmittat. Subdit Julianus in *l. seq.* Sed etsi decesserint, antequam peterent bonorum possessionem, non est iniquum, prætorem decernere, eorum heredibus salvum fore commodum bonorum possessionis secundum tabulas, vel contra tabulas.

Resp. his ipsis legibus perspicue demonstrari bonorum possessionem non transmitti. In *l.* 4. Paulus filium jam natum admittit ad bonorum possessionem contra tabulas, quia iniquum esset, cum morientem ante natum posthumum non transmittere beneficium bonorum possessionis ad heredem. Ergo si non eam agnosceret, non transmitteret. In *l. seq.* heredibus datur bonorum possessio, etiam si ille ante mortem eam non agnoverit: non tamen ei competit ex vi transmissionis, sed ex decreto Prætoris. Si defunctus in heredem transmisisset bonorum possessionem, heres posset eam agnoscere, nec opus esset decreto Prætoris. Edictalis enim bonorum possessio, quæ ex edicto defertur, & agnosci, & repudiari potest, *l.* 1. *unus enim quisque ff. de succes. edict.* decretalis non item, quia non defertur edicto, sed a Prætore pro re nata, & urgente æquitate decernitur, atque adeo simul & decernitur, & defertur, & acquiritur: acquisita autem amplius repudiari non potest, *l.* 1. §. *decretalis ff. eod.* In hac igitur, quia cessant edicti verba, sed naturalis ratio, & æquitas urget, decretum Prætoris est necessarium, *l. in ambiguis* 85. §. *ult. ff. de reg. jur.* cujusmodi sunt exempla in *l. si duobus* 14. §. *ult. ff. de bon. poss. contr. tab. l. ventre præterito* 84. *D. de acquir. vel om. hered. l. decessit* 8. *in princ. D. de Carb. edict. l.* 1. §. *si ea quæ* 14. *D. de ventr. in possess. mit.* Ad 7 rem igitur. Cum defunctus legitimo impedimento remoratus fuerit a petenda bonorum possessione, quia scire non poterat, utra bonorum possessio foret competitura: nam posthumo nascente, danda erat ei contra tabulas: eo non nascente, secundum tabulas: iniquum est, eum non transmittere beneficium bonorum possessionis ad heredem, *d. l.* 4. verum quia, si neutram agnoverit, nullo modo potest eam non agnitam transmittere: idcirco urgente æquitate Prætor decreto suo debet heredi ejus subvenire, atque ipsi bonorum possessionem decernere. Habet igitur heres bonorum possessionem non a defuncto ope transmissionis, sed a decreto Prætoris,

sine quo nullum haberet jus, sicut nullum haber ante decretum: per decretum enim ei simul & defertur, & acquiritur bonorum possessio, *l. ventr. praeterito* 84. *D. de acquir. vel. om. hered. l. scriptus* 12. *D. de Carbon. edict.* in quibus pariter eadem de caussa heredibus a Praetore succurritur.

8 Tertio opponi potest *l.* 3. §. *eleganter & l.* 4. *ff. de S. C. Syllan.* Testator fuit occisus: heres scriptus in testamento hereditatem non adivit, eaque non adita mortuus est: transit hereditas ad ejus heredes, eisque dantur actiones utiles.

Resp non transmitti haereditatem a defuncto non aditam ad ejus heredes, argumento est, quod si trasmitteretur ad heredes hereditas testatoris occisi, haberent actiones directas, cujusmodi eas habebat occisus, *l. heres in omne ff. de acquir. vel om. hered.* non autem utiles. Igitur ita se res habet. Senatusc. Syllanianum vetuit aperiri testamentum testatoris, &, qui aperuerint, etiam Praetoris edicto puniuntur, *l.* 3. §. *quod ad causam* 18. *cum seqq. ff. de SC. Syllan.* Ante apertas testamenti tabulas non poterat heres adire hereditatem, sed interim quaestio de servis habenda erat, *d. l.* 3. §. *quod ad causam* 18. & §. *non tantum* 29. *ff. ad SC. Syllan.* Iniquum igitur visum est, tum ipsum heredem, tum ejus heredes privari emolumento hereditatis sine ulla ipsorum culpa: sed solum ex ea re, quod legi paruerunt. Nam si alia quaecumque causa removetur heredem ab adeunda hereditate praeter metum Senatusconsulti, ejus beneficio non gaudet, *d. l.* 3. *in fin. & l.* 4. *ff. de SC. Syllan.* Succurrendum igitur heredi fuerat aliquo modo, si ante apertas tabulas decessisset. Neque enim heres poterat hereditatem non aditam transmittere: neque hoc contra certissimam juris regulam voluit Senatus, decernere. Decrevit igitur in heredes defuncti transire actiones utiles, ad reparandum damnum, quod ipsis a Senatuscon. fuisset obventurum, *d. l.* 3. & 4. Si in heredes transirent directae actiones, ipsa hereditas esset transmissa, ex qua dantur directae actiones. Transeunt igitur actiones utiles, quae sunt quidem similes actionibus directis, eisque deficientibus, dantur ad earum similitudinem, idemque persequuntur, *l.* 5. *C. si aliena res pign. l. naturalis* 5. §. 4 *vers. sed tutius ff. de praescr. verb. l.* 2. *C. de don. quae sub modo l.* 1. *C. de pact. conven. tam super dot.* His animadversis, apparet, hac lege demonstrari, hereditatatem non aditam transmitti non posse.

Sed rursus opponi potest perdifficilis 9
text. in *l. qui patri* 59. *ff. de acquir. vel omit. hered.* Species legis est. Pater habebat duos filios, alterum puberem, alterum impuberem: utrumque heredem instituit: & impuberi substituit pupillariter fratrem puberem. Hic mortuus est ante pupillum, instituto herede Titio. Postquam Titius adiit hereditatem, moritur pupillus in aetate pupillari. Evenit igitur casus pupillaris substitutionis: verum quia frater substitutus non est amplius in rerum natura, non potest ad eum hereditas pervenire. Nihilominus Titio defertur, imo Titio necessario acquisitur. Atqui frater pubes, qui eum heredem instituit, non potuit adire fratris impuberis viventis hereditatem, quia viventis hereditas adiri non potest, *l. si quis mihi bona* 25. §. *an nominatim l. neminem* 27. *l. heres* 32. *in princ. ff. de acquir. vel omis. hered.* ergo transmisit in Titium suum heredem pupilli hereditatem, quam ante mortem nec adivit, nec adire potuit.

Resp. quod Titio obvenit quidem hereditas pupilli ultimo morientis, non jure transmissionis, sed jure accrescendi. Non jure transmissionis, quia hereditas pupilli fratri praemortuo numquam fuit delata. Nulla enim est viventis hereditas, nec est in rerum natura, *l.* 1. *ff. de act. vel hered. vend.* adeoque transmit-

mitti non potest, quemadmodum nec vendi, *d. l.* 1. *& l. non putavit* 8. §. 2. *primo gradu ff. de bon. poss. contra tab. l. sed si plures* 10. *in princ. ff. de vulgar. & pupill. l. quidam vers. ego autem usq. ad* §. 1. *ff. de jur. codicil.* Obtinet igitur hereditatem jure accrescendi, *d l. qui patri in fin.* Ibi: *& accrescendi jure acquiri cuicumque patris heredi.* Quid ita? Nempe sicut filii a patre instituti sunt necessarii heredes patri, ita, etsi pupillariter sibi substituantur, alter alterius est heres necessarius: unicum enim est testamentum, & quod pro se facit pater heredem instituendo, & quod pro filiis, pupillariter substituendo, *l.* 2. §. *prius autem ff. de vulg. & pupill.* & nostra *l. qui patri in princ.* Itaque filius pubes qui fuit patri heres, necessario etiam debet habere hereditatem fratris impuberis, cui pupillariter fuit substitutus, nec potest eam repudiare *l. si plures* §. *filio cum seq. ff. de vulg.* Atque hæc necessitas etiam ejus heredi a jure imponitur, *d. l. qui patri,* Ibi: *nam is, qui heres extiterit, pupillo quoque heres necessario erit.* Etenim sicut defunctus erat obligatus ad suscipiendam pupilli fratris hereditatem, quandocumque in pupillari ætate decessisset, ita obligatus est ejus heres: sicut vivente fratre pupilli morientis hereditas necessario jungi debebat paternæ hereditati, ita eidem conjungi nunc debet: adeoque ad Titium pervenire, qui paternam hereditatem possidet, quæ ad se trahit hereditatem pupilli jure accrescendi. Titius enim non solum est hæres puberis pridem defuncti, sed etiam patris ejus, *l. si quis filium* 7. *in fine ff. de acquir. hæred.* non potest igitur prætermittere hæreditatem, *d. l. qui patris in princ. l. quidam elogio* 20. *C. de jure delib.* Porro hæc Neratii definitio singularis est, & memoriæ mandanda.

10 Postremo contrarium videtur rescriptum Imperatorum in *l. infantis* 3. *C. qui admitti. Infantis nomine agnitam bonorum possessionem, &, antequam loqueretur, diem functi recte competere nulla dubitatio est.* Bonorum possessio per alium nobis acquiri non potest, nisi ratam habuerimus ejus agnitionem, *l.* 3. §. *acquirere ff. de bon. poss. l. si quis alicui* 48. *ff. de acquir. vel omit. hæred.* Infans autem ratam habere non potest, quod nomine ejus gestum est, cum nullum habeat intellectum, §. *sed quod diximus* 10. *instit. tit. de inut. stipul.* & furioso comparatur, *l.* 1. §. *furiosus ff. de acquir. vel omit. poss.*

Resp. quod licet in multis juris articulis infans furioso comparetur; tamen quoad acquirendam bonorum possessionem non est similis furioso, *l.* 2. §. *sed si infanti* 13. *ad SC. Tertyll.* Multa enim singulariter favore infantis sunt constituta: præsertim quoad acquirendam hæreditatem vel possessionem, præcipue in *l. si infanti C. de jur. delib.* in qua patri datur facultas non solum petendi bonorum possessionem pro filio infante, sed etiam adeundi hæreditatem: quod abhorret a regulis juris, *l. potius* 5. *C. eod.* imo, etsi adire neglexerit, & infans decesserit, potest jure patrio bona infanti devoluta quasi jam infanti quæsita occupare, *d. l. si infanti in princ. & in* §. 1. *C. eod.* Inter hæc infanti singulariter indultum, ut bonorum possessionem suo nomine agnitam moriens ad hæredem transmittat, *d. l.* 3. *C. qui admitti.* Animadvertendum tamen est, quod non transmittit bonorum possessionem non agnitam: sed agnitam ab alio ejus nomine. Hoc enim singulare est in infante, ut teneat agnitio, etiamsi eam ratam non habuerit, nec habere potuerit: & nihilominus bona defuncti acquirat, *l. si infanti* §. 1. *C. de jure delib.* eaque transmittat ad hæredes, quasi sibi quæsita, non quasi delata, *d.* §. 1. Cæterum si non fuisset agnita bonorum possessio, eam ad hæredes non transmitteret, *d. l. si infanti* §. *parente.* Itaque quo-

quoad transmissionem nullum privilegium habere videtur. Illud etiam silentio minime prætermittendum, quod licet Justinianus concesserit hæredibus jus deliberandi intra annum, eisque intra hoc tempus decedentibus jus suum ad hæredes transmittere: tamen illi intra tempus deliberandi decedentes non transmittunt hæreditatem, quam transmittere non possunt, cum eam non adiverint. Transmittunt igitur solummodo jus deliberandi, quod a lege sunt consecuti, *l. cum in antiquioribus C. de jur. delib.* Ibi: *Prædictum arbitrium in successionem suam transmittat.* Non transmittitur hæreditas, sed arbitrium, videlicet, jus & facultas adeundi, vel repudiandi hæreditatem. Non acquirunt igitur hæreditatem, nisi adiverint: & quidem intra reliquum tempus ejus anni, qui datus est ad deliberandum, quo elapso, sicut non potuisset adire defunctus, ita nec ejus hæredes, in quos transit solummodo arbitrium, quod defunctus habebat, *d. l. in fine.*

11 Doctores nostri ajunt suos hæredes potentia suitatis ad hæredes transmittere patris hæreditatem. Quod meo judicio falsissimum est. Transferunt enim ad hæredem bona, & hæreditatem non tamquam acquirendam & adeundam, sed tamquam sibi jam acquisitam: non transeunt ea bona in hæredem tamquam patrimonium & hæreditas patris: sed tamquam patrimonium filii, ejusdem hæreditas. *l. qui duos 29. in princ. vers. in ea tamen ff. de reb. dub.* Jungitur enim hæreditas patris cum hæreditate filii, & incipit esse una hæreditas: adeoque a patre substitutus filio non potest separare hæreditates, ut *filii habeat, patris non habeat l. sed si plures* 10. *§. filio D. de vulg.* Hæreditas enim pro parte repudiari non potest *l. 1, & 2. D. de acquir. vel om. hæred.* Quamobrem si filiusfam. hæredem instituerit de bonis castrensibus, & ignorans, se patri hæredem extitisse, decesserit: hæres institutus non solum bona castrensia obtinebit, sed etiam paterna, ne pro ea parte decedat intestatus *l. hæreditate 19. §. filiusf. D. de castrens. pecul. l. idem 13. in fine cum, l. seq. ff. de testam. mil.* Ratio est expedita. Suus hæres statim a morte patris sine aditione, sine immixtione fit hæres etiam ignorans, & invitus *§. sui autem 2. inst. tit. de hæred. qual. & differ.* Quocirca extraneus rogatus hæreditatem restituere, antea cogitur adire, & deinceps restituere: non enim acquirit hæreditatem, nisi eam adiverit: nec potest restituere, nisi prius eam acquisiverit, *l. quia poterat 4. D. de SC. Trebell.* at vero suus statim restituere cogitur, quia statim ipso jure, sine ullo facto hæreditatem acquisivit, *l. ita tamen 27. §. si pater D. eod.* Itaque successoribus filii defertur hæreditas ipsius filii, in qua continentur etiam bona patris ab ipso jam acquisita. Perspicue IC. in *l. qui duos §. ult. D. de reb. dub.* Si Lucius Titius cum filio pubere, quem solum in testamento scriptum habebat hæredem, perierit, intelligitur supervixisse filius patri, & ex testamento hæres fuisse: & filii hæreditas successoribus ejus defertur. Nihil clarius. Filio acquiritur hæreditas patris, quia aliquo saltem momento patri supervixisse intelligitur: successoribus filii defertur hæreditas ipsius filii, cui insunt & bona paterna, filio jam acquisita. Igitur bona paterna obtinent filii successores non jure transmissionis, sed tamquam bona hæreditaria filii, cui succedunt. Confirmatur id *l. Lucius Titius 9. ff. de jure fisci.* Ibi: *ita omnis hæreditas ad matrem posthumi devoluta est.* Nam posthumus nascendo rumpit testamentum, in quo præteritus erat *l. 1. & 3. D. de injust. rupt.* & licet brevi vivat, tamen rupto testamento fit hæres patris ab intestato: ejusque hæreditas, cum moritur, ab intestato pariter ad matrem devolvitur. Non transmittitur a filio, sed devolvitur ad matrem, quæ acquirit hæreditatem

tem filii, non præmortui patris, cui ab intestato succedere non potest: scilicet uxor marito suo, §. *sunt autem* 3. *inst. tit. de bonor. possess.*

12 In eodem errore versantur, qui putant, suum hæredem potentia suitatis etiam bonorum possessionem transmittere contra legem expressam: est autem ea *l.* 1. §. *ibidem* 8. *D. de collat. bon.* ubi suus hæres non transmittit bonorum possessionem nisi eam, antequam moreretur, agnoverit. Habent quidem filii successores jus petendæ possessionis, sed in hæreditate filii, cui succedunt, non in hæreditate patris, cui non succedunt, & persequi possunt patrimonium filii, non patris, in quo nullum jus habent, nisi quatenus factum est filii patrimonium.

---

## CAPUT V.

### *Ad L si post diem 5. ff. quando dies leg. ced.*

### SUMMARIUM.

I *Legatum etiam non agnitum transmittitur ad hæredes legatarii, si decesserit, postquam cessit dies legati.*

II *In legatis pure & in diem relictis dies cedit a morte testatoris.*

III *Etiamsi hæreditas adita non fuerit.*

IV *Non solum, si hæres decedat, dum de hæreditate adeunda deliberat, sed etiam si non possit interim adire, & n. XI.*

V *Legati sub conditione relicti dies non cedit, nisi conditione impleta.*

VI *Conditiones aliæ ex testamento, aliæ extrinsecus veniunt.*

VII *Conditiones, quæ tacite insunt, non impediunt transmissionem, etsi exprimantur.*

VIII *Conditio, quæ tacite inest, si exprimatur, mutat ejus effectum, quoties expressa non eamdem vim habet, quam tacita.*

IX *In omni legato inest conditio, si legatarius volet. Quid juris si ea exprimatur & n. X.*

XII *Legatarius moriens post testatorem legatum transmittit, etiamsi id sibi relictum ignoret.*

XIII *Quorumdam legatorum dies cedit ab adita hæreditate; ut sunt legata servitutis & alterius rei, quæ personæ cohæret.*

XIV *Et legatum libertatis & quodcumque illi conjunctum sit.*

XV *In legatis conditionalibus cedit dies existente conditione.*

XVI *Non ita est in conditione certo extitura vivo legatario.*

XVII *Ejus tamen una species est, quæ suspendit diei cessionem, & impedit transmissionem.*

IN legatis & fideicommissis contraria 1 regula statuenda est. Quæ de legatis dicemus, etiam de singularibus fideicommissis dicta intelligantur, cum omnino sint illis exæquata, *l.* 1. *D. de legat.* 1. Legatum igitur etiam non agnitum transit ad hæredes legatarii, dum is post diem legati cedentem decedat, *l. si post diem* 5. *in princ. D. qu. dies leg. ced. l.* 4. *in princ. vers. sed etsi decesserit D. de alim. vel cibar. leg.* Quid ita? Quia cum dies legati cedit, nascitur obligatio legati, & incipit deberi legatario, *l. cedere diem in princ.* 213. *D. de V. S.* Hæc autem obligatio transeat ad hæredes necesse est, *l. hæres in omne* 37. *D. de acquir. vel omit. hæred. l. ex contractibus* 49 *D. de oblig. & act.* Igitur ut intelligamus, quandonam legatum transmittitur, scire oportet, quandonam dies legati cedat. Hoc autem cum distinctione definiendum est. Legata aut pure, aut in diem, aut sub conditione relinquuntur. Legatorum, quæ pure, aut in diem certum relinquuntur, par est ratio quoad cessionem diei, *l. post diem* 5. §. 1. & 2. *ff. qu. di. leg. ced.* Item, & legati sub conditione, & in diem incertum idem jus est, quia dies incertus incertam in testamentis conditionem facit, *l. dies incertus* 75. *ff. de cond. & dem.* Itaque in duo genera sunt distribuenda legata, pura & conditionalia. Illud tamen animadvertendum, quod etiam dies incertus pro certo habetur in transmissione, dum certo sit extiturus vivo legatario, licet ignoretur, quando sit extiturus. Veluti si Titio legata sint centum, cum morietur.

tur. Ignoratur quidem, quando sit moriturus Titius: sed certum est, eum moriturum, dum vivit, vivi enim morimur, non mortui; *l. qui duos §. 1. ff. de man. testam.* Quapropter Titius moriens transmittit legatum ad hæredem, *l. heres meus 79. in princ. ff. de cond. & dem. l. 4. §. ult. ff. quando di. leg. ced.* Contra si dies adeo sit incertus, ut non solum ignoretur, quando sit exititurus, sed etiam, an sit extiturus vivo legatario, conditionem facit, & impedit transmissionem. Veluti si Titio legatum sit, cum hæres morietur, *d. l. 4. in princ. d. l. heres meus 78. §. 1.* Atque hoc multo magis obtinet, si legetur, cum Titius consul factus fuerit; cum ad pubertatem pervenerit: cum Romam iverit, *l. si cui legetur 49. §. hoc autem ff. de leg. 1. l. si ita scriptum 45. §. ult. ff. de leg. 2. l. cum vir. 25. l. Publius 36. ff. de cond. & demonst. l. si ita scriptum 16. ff. de manum. test. l. servus liber 19. ff. de statulib.*

2 His præmonitis, ac probe stabilitis, illud statuendum, in legatis puris diem cedere vel a morte testatoris, vel ab adita hereditate. Regula certissima est, quod dies cedit a morte testatoris. Traditur hæc a Paulo in *l. 5. §. 1. D. qu. di. leg. ced. si purum legatum est, ex die mortis dies ejus cedit. Si vero post diem sint legata relicta, simili modo atque in puris dies cedit.* Tradita a Justiniano in *l. un. §. in novissimo C. de caduc. toll.* Ibi: *& dies legatorum, & fideicommissorum morte defuncti cedere,* & in §. *cum igitur. Legatorum, vel fideicommissorum pure, vel in diem relictorum diem a morte testatoris cedere.* Sustulit in ea lege Justinianus legem Papiam, qua cautum erat, ut legatorum ante apertas testamenti tabulas dies non cederet, & caduca fierent: de quibus Justin. in *d. l.* & *Ulp. in fragm. tit. de Cad.*

3 Hoc autem adeo verum est, ut dies legatorum cedat, etiamsi non fuerit adita hereditas: quia aditio hereditatis moram facit petitioni legati, non diei cessioni, ut ait Ulpianus in *l. hereditatis aditio 7. in princ. D. qu. di. leg. ced.* Elegantissimum hujus rei proponit exemplum Papinianus in *l. miles 75. §. 1. D. de leg. 2.* Est autem hujusmodi. Sejus plures heredes instituerat, finge tres, eosque invicem substituit. Titio uni ex heredibus institutis præceptiones quasdam reliquit. Is, dum deliberat de adeunda hereditate, moritur, hereditate nondum adita. Quæritur, quid juris sit de legatis per præceptionem relictis Titio mortuo ante aditam hereditatem, sed post testatorem: hoc est, post diem legati cedentem. Et sane pars hereditatis non transmittitur ad ejus heredes, quia ab eo adita non fuit: sed pertinet ad coheredes jure substitutionis, si substituti sunt: sin minus, jure accrescendi. Legata autem transmittit ad suos heredes, quia post diem legati cedentem vita functus est, etiamsi non adiverit hereditatem. Transmittit tamen non integra, sed deducta parte pro rata portionis hereditatis, ex qua fuit institutus. Hanc enim partem habiturus fuisset jure hereditario, si heres fuisset, non jure legati: quamobrem non potest eam ad heredes transmittere, sed debetur coheredibus, quibus obvenit portio hereditatis Titio relicta, vel jure substitutionis, vel jure accrescendi. Neque quicquam interest, an jure accrescendi, vel substitutionis perveniat ad coheredes portio hereditaria Titii: nam coheredes substituti sunt in portione hereditatis, non in legatis: adeoque partem illam legati, quam jure hereditario Titius fuisset habiturus, ipsi quoque eodem jure obtinent, non autem jure legati, *l. Sextia 32. ff. de leg. 2.* Illud multum interest, utrum Titius repudiaverit, an deliberans non adiverit morte præventus. Hoc enim casu non transmittit integra legata, ut dixi: primo autem casu integra transmittit *l. qui filiabus 17.*

in

*in fine cum leg. seq. ff. de legat.* 1. *l. cum responsum* 12. *C. de legat.* Ratio differentiæ est in promptu. Qui repudiat hereditatem, præoptat legatum hereditati: mavult habere integrum legatum, omissa hereditatis portione, quam portionem hereditatis cum legato diminuto a portione hereditaria. Qui moritur, cum adhuc deliberaret, neque legatum hereditati, neque hereditatem legato præoptavit. Quapropter deficiente ejus voluntate res est æstimanda juxta regulas juris, secundum quas jus hereditarium tamquam potentius, & universale absorbet jus legati, eamdemque rem non potest quisquam habere jure hereditatio, & jure legati, *l. non ut ex pluribus* 159. *ff. de R. J. l. & an eadem* 14. §. 2. *in fin. ff. de except. rei judic. l.* 3. §. *ex plurimis ff. de acquir. vel om. possess.* prævalet autem titulus hereditarius, qui prior est, & potior, & legatum pro ipsius parte non consistit, *l. eum qui* 18. §. *ult. l. heredi* 15. *ff. de his, quæ ut indign.* Atque hæc locum habent non solum in suis heredibus, sed in omnibus etiam extraneis, *l. quæsitum* 91. §. *duobus ff. de legat.* 1.

4 Non solum autem dies legati cedit ante aditam hereditatem, si heres non adeat, ut de ea adeunda deliberet; sed, quod magis est, si eam interim adire non possit. Tria exempla proponuntur in *l. heredis aditio* 7. *ff. qu. di. leg. ced.* Primum in §. *proinde*. Institutus fuerat heres sub conditione, & ab eo legatum Titio relictum pendente conditione non potest adire, imo debet etiam scire conditionem impletam fuisse, ut adire possit, *l. multum interest* 21. *ff. de cond. & dem.* Nihilominus si legatarius moriatur pendente adhuc conditione, transmittit legatum, quia dies legati cessit, *d.* §. *proinde*.

5 Sed videtur hoc contra notissimam juris regulam, quod pendente conditione dies non cedit, *l. cedere diem* 213. *ff. de V. S.* & si legatum sub conditione relictum fuerit, non ante cedit dies legati, quam conditio existat, *l.* 5. §. *sed si sub conditione ff. qu. di. leg. ced.* Legata autem videntur suspendi eadem conditione, qua suspenditur institutio, & aditio hereditatis, quoniam hereditate non adita fit irritum testamentum, *l.* 1. *in fin. D. de injust. rupt. princ. tit. instit. de hered. quæ ab intest.* & nihil valet eorum, quæ in testamento relicta sunt, *l. eam quam vers. tunc enim C. de fideic.* Pendet igitur legatum ab aditione: cui consequens est, conditionem, qua suspenditur aditio, inesse legato, adeoque ea nondum impleta legatum deberi non posse: *l. legata* 41. *l. Mævius* 55. *D. de cond. & dem.*

6 Resp. quod aliæ sunt conditiones, quæ veniunt ex testamento: aliæ conditiones extrinsecus venientes, ut docet Papinianus in *l. conditiones* 99. *D. de cond. & demonstr.* Conditiones venientes ex testamento sunt, quas ipse testator adjicit in suo testamento vel expresse, vel tacite. Et hæ faciunt legatum conditionale: suspendunt diei cessionem: impediunt transmissionem, *d. l.* 5. §. *sed si sub conditione*. Conditiones extrinsecus venientes sunt, quæ tacite insunt vel ex natura actus, vel ex vi legis; nec proveniunt a voluntate testatoris, qua seclusa nihilominus insunt. Et hæ non faciunt legatum conditionale *d. l. conditiones* 99. adeoque non obstant, quominus & dies legati cedat, & in heredes transmittatur. Hujusmodi sunt conditiones, de quibus in laudata *l. hereditatis* 7. Hujusmodi etiam est conditio, quæ inest legato partus nascituri, vel fructuum annorum sequentium, quæ legata debentur sub conditione, si partus, & fructus nascentur, *l.* 1. *in fin. D. de cond. & dem.* Hæc tamen conditio transmissionem non impedit, quia venit extrinsecus, & tacite inest *l. cum illud* 25. *in D. qu. di.*

7 d. leg. cel. Quid autem dicemus, si hæ conditiones nominatim expressæ fuerint a testatore, veluti: si heres hereditatem adierit, lego Titio centum. Idem prorsus est jus: nam supervacuum est exprimere quod tacite inest, *l. si Titio* 22. §. *quædam D. eod. l.* 3. *D. de leg.* 1. *l. aliquando* 107. *D. de cond. & demonst. l. in conditionibus* 19. *D. eod. l. Cornelius* 69. *D. de hered. instit.*

8 Verumtamen sæpenumero mutatur rei effectus: quamquam id expresserit testator, quod etsi non fecisset, inesset tamen *l. servo* 47. *in fin. D. de cond. & demonst.* Id autem evenit, quoties conditio expressa non eamdem prorsus vim habet, quam tacita, sed ab ea quoquomodo diversam. Ecce tibi, testator ita legat: *illi, si volet, Stichum do. Conditionale est legatum, & non aliter ad heredem transit, quam si legatarius voluerit: quamvis alias quod sine adjectione, si volet, legatum sit, ad heredem legatarii transmittitur. Aliud est enim juris, si quid tacite continetur: aliud si verbis exprimatur*: sunt verba Caji in *l. si ita legatum* 65. §. 1. *ff. de legat.* 1. quibus videtur nobis tradere regulam superiori contrariam. Atque id confirmare videtur Modestinus, qui non dissimilem regulam tradit in *l. nonnunquam* 52. *ff. de cond. & dem.* Ibi: *inde dictum est: expressa nocent, non expressa non nocent.* Sed non ita est. Utrobique quod exprimitur, aliud quidpiam continet diversum ab eo, quod

9 tacite inest. In omni legato tacite inest conditio: *si legatarius volet.* Neque enim legatum acquiritur invito: sed agnosci debet a legatario, ut ab eo acquiratur, ut antea dictum est. Si legatarius moritur, antequam legatum agnoscat, ipsum transmittit ad heredes: ita tamen, ut nec ipsi legatum acquirant, nisi illud agnoverint, & ad se pertinere voluerint Quibus efficitur, voluntatem, quæ tacite inest, scilicet, quæ a lege requiritur, comprehendere omnes, quibus legatum defertur, non autem solam personam ejus, cui legatum fuit a testatore relictum. Contra autem cum testator conditionem voluntatis exprimit: Titio *si volet* Stichum do: exigit, ac requirit voluntatem Titii, & conditio personæ injuncta videtur *l. si ita expressum* 69. *in fin. ff. de cond. & dem.* Deficiente igitur voluntate Titii, deficit conditio legati, & Titio moriente, antequam voluerit, legatum intercidit, *l. intercidit* 59. *ff. eod.* adeoque non potest ad heredem legatarii pertinere *d. l. si ita expressum* 69. Idem dicendum de eo, quod tradit Cajus in *d. l. nonnunquam ff. eod. Titio decem do, lego, si Mævius Capitolium ascenderit*. Et Pomponius in *l. si quis Sempronium* 68. *ff. de hered. instit.* Aliud exprimit hæc conditio, aliud illa altera, *si Mævius voluerit*. Ad eam complendam sufficit voluntas Mævii: ad hanc requiritur factum ascendendi. Si Mævius voluerit deberi legatum, ea statim impletur, hæc non impletur, nisi Mævius in capitolium ascenderit: etiamsi centies, ac millies declaraverit voluntatem suam. Illa meram, ac simplicem voluntatem continet: hæc factum ascendendi. Expressa igitur nocet, non expressa non nocet. Idem in exheredatione in *d. l. si quis Sempronium in fin.* quia filius pure debet exheredari *l.* 3. §. *pure ff. de lib. & post.* & certo animi judicio *l. sed sub conditione* 18. *ff. de bon. poss. cont. tab.* Contra aliquando 10 expressa prodest, non expressa non prodest. Ecce iterum: testator instituit incapacem, vel ei legatum reliquit; pro non scripto habetur, quia tacite inest ex vi legis conditio: si capax erit *l.* 3. *ff. de his, quæ pro non script. hab.* Verum si testator hanc conditionem expresserit: *cum capere potuerit*: valet institutio, valet legatum *l. in tempus* 62. *ff. de hered. instit.* Quæ causa est, cur hoc tam varie? eadem scilicet Conditio, quæ tacite inest, ex vi legis com-

comprehendit tria tempora, facti testamenti, mortis, & aditæ hæreditatis, *l. si alienum* 49. §. 1. *ff. eod.* §. *in extraneis inst. tit. de hæred. qual. & differ.* his enim omnibus temporibus capacem esse hæredem lex exigit. Contra conditio exptessa spectat solummodo tempus existentis conditionis, & quandocumque capax fuerit, existente tum conditione, ipsi hæreditas, legatumve deferetur, atque id ad hæredes transmittet: cedit enim legati dies existente conditione, *l.* 5. §. *sed si sub conditione ff. qu. di. leg. ced.* Quod si nunquam capax factus fuerit, ejus morte deficit conditio, & legatum intercidit *l. hujusmodi* 13. *ff. eod. l. intercidit* 59. *ff. de cond. & dem.*

11 Redeo ad *l. hæredis aditio* 7. *ff. qu. d. legat. ced.* Duo alia ibi proponuntur exempla. Institui hæredem eum, qui in utero est. Hæc institutio tacitam habet conditionam, si heres institutus nascetur, *l.* 1. *in fin. D. de cond. & dem. l. cum illud* 25. §. 1. *vers. vel si legasset D. qu. di. leg. ced.* Hæc tamen conditio legatario non nocet, quin statim a morte testatoris dies legati cedat, *d. l.* 7. §. *sed etsi.* Alterum exemplum proponitur in *d. l.* 7. §. *inde dicimus.* Testator hæredem instituit, eique substituit Titium, & a Titio substituto legatum reliquit. Omnis substitutio conditionalis est; aut sub conditione, si hæres non erit: aut sub conditione: si hæres erit, & in pupillari decesserit. Atque hæ conditiones non tacite insunt ex vi legis, nec extrinsecus veniunt, sed a testatore adjiciuntur expressim *instit. tit. de vulg. subst. in princ. & de pupill. in princ.* Nihilominus legatarius decedens, antequam fiat locus substitutioni, hærede adhuc deliberante, transfert legati petitionem ad suum hæredem, siquidem institutus repudiaverit, *d.* §. *inde dicimus.* Idem obtinet in substitutione pupillari §. *tantumdem &* §. *tractari*, etiamsi conditio a testatore fuerit expressa *d.* §. *tractari.* Rationem jam attulimus.

12 Sit igitur hoc constitutum, legatarium morientem post testatorem transmittere legatum in hæredes; atque id etiamsi moriatur antequam sciat, sibi relictum legatum, vel mortuum fuisse testatorem, *l. si partem* 19. *in fin. D. quemadm. servit. amit. l. ult. C. qu. di leg. ced.* quia cum ministerio legis acquiratur legatario, eidem etiam ignoranti acquiritur, adeoque transmittit etiam ignorans, *l. cum pater* 77. §. *surdo ff. de legat.* 2.

13 Sunt tamen quædam legata, ut diximus, quorum dies cedit ab adita hæreditate, non statim a morte testatoris. Primum est legatum servitutis personalis, veluti ususfructus, usus habitationis: *l.* 2. *ff. qu. di. leg. ced.* Et hæc legata non transmittuntur, etiamsi legatarius post diem legati cedentem moriatur, quid morte extinguuntur §. *finitur inst. tit. de usufr. l. usus aquæ* 21. *ff. de usu, & habit. l. Lucius* 37. *in fin. ff. de servit. rust. pred. l. sicut* 3. *in fin. ff. quib. mod. ususfr. amitt. l. cum in fundo* 78. *in fin princip. ff. de jur. dot.* Horum legatorum exemplo nec alia quidem transmittuntur, quæ personæ cohærent *d. l. sicut* 3. *in fin. ff. quib. mod. ususfr. amit. l. non solum nostrum* 8. §. *tale legatum ff. de liberat. leg. l. Aurelio* 20. *in princ. ff. eod.* in quibus etiam horum legatorum exempla proponuntur. Præterea elegans est etiam exemplum expositum a Papiniano in *l. pater filiæ* 6. *ff. de servit. leg.* Pater filiæ domum legavit, eique per domos hæreditarias jus transeundi præstari voluit. Si filia domum suam habitat, viro quoque jus transeundi præstabitur. Non tamen hoc jus transmittit ad hæredes: ne quod affectu filiæ datum est ad exteros ejus hæredes transire videatur. Ita Papinianus: & recte quidem, nam ea, quæ personæ sunt, ad hæredes non transeunt, *l. privilegia* 196. *ff. de R. J.* Illud quoque legatum personale est, & ad hæredes non transit, si quis alicui legaverit licere lapidem cædere. *l. Idem*

*Julianus* 41. §. *si quis alicui ff. de leg.* 1. Horum omnium legatorum dies cedit ab adita hæreditate juxta regulam traditam *in l.* 3. *D. qu. di. leg.*
14 *ced.*

Secundum legatum, in quo dies cedit ab adita hæreditate, est legatum libertatis, & quodcumque aliud, quod ipsi conjunctum connexumque fuerit: veluti si servo libertas & aliud quippiam legatum fuerit: sicut enim libertas nonnisi ab adita hæreditate debetur, ita nec legatum, *l. hæredis aditio* 7. §. *ult. D. eod.* Item si servus fuerit in testamento manumissus, & jussus hæres in diem centesimum ei pecuniam solvere: ab adita hæreditate dies hujus legati cedet, & tunc incipiet numerari dies centesimus, *l. si in diem* 46. *D. de cond. & dem. l. un.* §. *libertatibus* 6. *C. de*
15 *caduc. tollen.*

Veniamus ad legata conditionalia. Horum dies cedit existente conditione, *l. si post diem* 5. §. *sed si sub conditione D. qu. di. leg. ced.* nisi adjecta fuerit conditio, quam Prætor remittit, vel a lege detrahitur, ut conditio turpis, conditio impossibilis: hæc enim legata pro puris habentur *d. l.* 5. §. *sed si ea & seq.* Item si conditio pro impleta habeatur *d. l.* 5. §. *item si qua.* Non solum autem dies cedit a conditione existente in ipso legato, cui nominatim est adjecta conditio, sed etiam in legato puro, quod ipsi alternative conjungitur: participat enim de conditione alterius legati. Puta, lego Stichum, vel quod ex Pamphila natum erit. Hoc legatum tacitam habet conditionem *si nascetur. l.* 1. *in fin. D. de cond. & dem.* Hæc autem totum legatum facit conditionale, & etiam legatum Stichi pendet ab eadem conditione *l. cum ita legatum* 6. *in princ. ff. quando di leg. ced.* quia pendente conditione non est electio; ideoque conditio totum afficit legatum, & influit etiam in rem pure legatam, *l. cum illud* 25. *in princ. D. qu. di. leg. ced.* Quod si utraque res pure legata sit, poterit alterius dies cedere a morte testatoris: alterius ab adita hæreditate. Finge, legatus est ususfructus, aut decem, quod ad usumfructum aditio hæreditatis: quod ad decem mors testatoris spectatur. Quocirca si moriatur legatarius ante aditam hæreditatem, non est locus electioni, nondum enim cessit dies ususfructus: transmittit tamen ad hæredem decem, quorum dies cessit a morte testatoris, *l. si ususfructus* 14. *in princ. & §.* 1. *D. eod.*

Quæ de conditione dicta sunt, locum 16
non habent in conditione certo extitura vivo legatario: cujusmodi est conditio, quæ impletur moriente ipso legatario: ea enim non impedit transmissionem, *l. ab omnibus* 104. §. *cum quidam* 6. *ff. de leg.* 1. ubi species elegantissima proponitur. Sed hac de re diximus supra ubi de die incerto. Illud hic notandum, quod dies incertus licet non sit certo extiturus vivo legatario, ut est dies mortis alterius personæ, vel tempus certæ ætatis, conditionem non facit favore libertatis & alimentorum. Hic dies in aliis legatis conditionem facit, *l. hæres meus* 79. §. 1. *D. de cond. & dem.* in legato libertatis non facit *l. peculium* 65. §. *Titio ff. de leg.* 2. *l. si post mortem* 63. §. *penult. & ult. D. de leg.* 1. adeo ut si servus ille legatus fuerit ei, cujus post mortem est relicta libertas, legatum non valeat, *d. l.* 68. de certa ætate in *l. fideicommissaria* 23. §. *etiam* & in *l. Thais* 41. §. *libertatem, ff. de fideicom. libert. l. fideicommissaria* 10. *C. eod. l. si servus liber.* 19. *ff. de statu lib.* Idem jus statuendum de alimentis, argumento ejus, quod traditur in *l. Cajo* 13. §. 1. *D. de alim. leg.* & in *l.* 1. *C. de legat.* & probat. text. in *l. libertis* §. *ab hæredibus D. de alim. leg.* quem copiose exposuimus in *lib.* 2. *interp. cap.* 27.

Cæterum præter diem certo extitu- 17
rum,

Digitized by Google

rum, est alia conditio certo extitura, quæ suspendit diei cessionem, & impedit transmissionem: cujusmodi est conditio, quæ proponitur in *l. hujusmodi* 13. *D. qu. di. leg. ced. sive illud factum fuerit sive non fuerit*. Etenim si alter casus non extiterit vivo legatario, legatum non transit ad hæredem *d. l.*

Diximus paulo ante de conditionibus extrinsecus venientibus, quæ diei cessionem neque suspendunt, neque remorantur. Cavendum autem est, ne id intelligamus de conditionibus, quæ licet tacitæ insint, veniunt tamen ex voluntate & dispositione testatoris. Ecce, si pure relictum sub conditione adimatur, sub contraria conditione relictum videtur, *l. quod pure* 6. *D. cod. l. aliquando* 107. *vers. ex diverso ff. de cond. & dem. l. si legatum* 10. *ff. de adim. leg.* Tacita est hæc conditio: tamen impedimento est, tum transmissioni, *l. si legatum* 10. *in princ. ff. de adim. leg. l. si post mortem* 68. §. *si pure D. de leg.* 1. tum etiam libertati, *d. §. si pure & l. si quis ita* 13. *in fin. ff. de statulib.*

---

## CAPUT VI.

### *Ad L. quidam* 25. *ff. ad SC. Trebell.*

### SUMMARIUM.

I *Fideicommissum universale non differt ab hereditate.*
II *Et est quædam substitutio.*
III *Heres, antequam adeat, nullum jus habet in hæreditate.*
IV *Fideicommissarius habet obligatum hæredem ad sibi restituendam hæreditatem.*
V *Bonorum possessio similis est hæreditati fideicommissariæ tam natura, quam acquirendi modo & effectibus.*
VI *Fideicommissarius recipit hæreditatem ab hærede tamquam a defuncto oblignto, & in hoc differt fideicommissum a bonorum possessione.*
VII *Expenditur l. apud Julianum* 11. §. *utrum ff. ad SC. Trebell. & n. VIII. IX.*
X *Exponitur eadem l. in fin.*
XI *Alia exempla fideicommissi non transmissi. & n. XII.*
XIII *Fideicommissario decedente ante eventum conditionis non transmittitur fideicommissum ad heredes.*
XIV *Explicatur l. cum filiofam.* 11. *in fin. ff. de leg.* 1.
XV *Explicatur l. a testatore* 109 *ff. de cond. & dem.*
XVI *Pupillo substituens, præfert substitutom heredibus pupilli.*

SUpereſt fideicommissum universale. Hoc non agnitum ad heredem transferri alii ajunt, alii negant. Equidem incertus animi sum, utra sententia sit verior. Nuper in foro fuit hae de re acerrime disputatum. Nihil tamen fuit a doctissimis judicibus definitum. Quamvis duplici in causa, utraque gravissima, id venisset in controversiam, tamen post longam disputationem repente factum emersit, quod litem utramque diremit. Ego igitur more forensi in utramque partem hae de re disputabo: ac postremo, quod judices omiserunt, ex animi mei sententia controversiam definiam. I

Quod fideicommissum universale non transmittatur ad heredes, si ante mortem a defuncto non fuerit agnitum probatur.

I. Fideicommissum universale hereditas est, *rubr. de fideicomm. hered. petit. & rubr. instit. de fideicomm. hereditatibus & §. restituta inst. cod. l. si filiusfam. §.* 1. *ff. quod cum cod. recusare* 6. §. *Titius in fin. D. ad SC. Trebell.* Fideicommissarius enim heredis loco habetur, *l. postulante* 44. §. 1. *vers. nam & quodammodo D. cod.* quoniam idem præstat fideicommissario restitutio fideicommissi, quod hereditatis aditio præstat heredi, *l.* 1. *&* 2. *D. de fideicommiss. hered. petit.*

Confirmatur, quia id ipsum evenit in substitutione *l. si ex pluribus* 9. *ff. de suis & legit. hered.* Sed fideicommissum universale est quædam substitutio, *l. cum pro-*

Digitized by Google

*proponas C. de pact. l. heredes mei* 5. §. 1. *&* 2. *ff. ad SC. Trebell.*

3 Respond. quod heres, sive institutus, sive substitutus nullum jus habet in hereditate: neque enim quemquam habet obligatum ad dandam ipsi hereditatem. Testator enim, qui ei reliquit hereditatem, obligatus esse non potest, cum jam mortuus sit: lex quoque, quæ ipsi defert hereditatem obligata esse non potest. Transfert quidem in eum dominium omnium rerum hereditariarum, sed non nisi eo adeunte, *l. heres quandoq.* 54. *ff. de acquir. vel om. hered.* Antequam adeat, habet solum jus adeundæ, & per aditionem acquirendæ hereditatis: siquidem ei delata fuerit *l. delata ff. de V. S.* Hoc autem jus habet solus heres vel a testatore, vel a lege vocatus, non autem ejus heredes, quibus non defertur hereditas, ut luculenter exposui in superioribus. Contra

4 fideicommissarius habet obligatum heredem ad restituendam sibi hereditatem, quam obligationem induxit Augustus mandando Consulibus, ut auctoritatem suam interponerent, si ab herede non restitueretur hereditas, quod postea conversum est in perpetuam jurisdictionem, adeo ut Claudius Imperator duos Prætores creaverit, qui de fideicommissis cognoscerent; qui ad unum a Titio redacti fuerunt, qui Prætor fideicommissarius appellatus est, §. 1. *& ult. instit. tit. de fideicom. hered. l.* 2. §. *capta deinde* 23. *D. de orig. jur. Ulpian. in fragment. tit.* 32. §. *fideicom.* 12. *l. quæsitam* 78. §. *penult. D. de leg.* 3. *& passim.* Illud etiam singulare est in universali fideicommisso, quod potest fideicommissarius heredem cogere ad hereditatem adeundam, sibique restituendam, quod ei datum est SC. Pegasiano §. *ergo instit. tit. eod. Ulpian. in fragm. d. tit.* 25. *de fideicom.* §. 16. Hæc igitur obligatio, qua heres obstringitur fideicommissario, transit in ejus heredes: sicut in superiore diximus de obligatione legati. In hoc enim simile est legatis: sicut enim legata de manu heredis accipienda sunt, *l.* 1. §. *& continet* 2. *ff. quod legator.* sic etiam fideicommissum de manu heredis illud restituentis accipi debet. Nec ante restitutam hereditatem fit dominus rerum, aut heredis loco habetur, §. *restituta instit. tit. de fideicomm. hered.* tunc enim in fideicommissarium transferunt actiones, *l.* 1. §. 2. *ff. ad S. C. Trebell.* In eo etiam simile est fideicommissum legatis, quod in hoc sicut in illis dies cedit, & quidem, si purum est, a morte testatoris, & quod, fideicommissario decedente, postquam dies ejus cessit, fideicommissum transmittitur, *l. si in personam C. de fideicomm. l.* 3. §. *idem dicendum ff. de alim. legat.* ubi fideicommissum universale in hoc omnino legatis comparatur, *l. quidam ita* 25. *in princ. ff. ad SC. Trebell.* Sic igitur concludi licet. Proptia sui natura fideicommissum universale simile est hereditati, quo ad acquisitionem autem simile est legatis: adeoque etiam quo ad transmissionem.

II. Sed acrius urgeri potest exemplo bonorum possessionis. Hæc non agnita non transmittitur, *l.* 3. §. *acquirere ff. de bon. poss. l. emancipata C. qui admittit*. Et tamen tam sua natura, & conditione, quam acquirendi modo similis omnino est hereditati fideicommissariæ. Natura, & conditione, quia hereditatis appellatione etiam bonorum possessio continetur *l. hereditatis* 138. *ff. de V. S. l. non est ambigendum* 12. *D. de bon. possess.* & bonorum possessor in omnibus loco heredis habetur, vicem heredis sustinet *l. Prætor bonorum* 117. *D. de R. J. l.* 2. *D. de bon. possession. l. eum emancipatis* 13. *in princ. D. de bon. possess. contr. tab.* quæ omnia etiam fideicomm. universali convenire modo probavimus modo acquirendi. Nam & bonorum possessio tota pendet a jurisdictione Prætoris §. *quos autem instit.*

*instit. tit. de bon. possess. l.* 1. *in fine C. de secund. nupt. l. si fine* 9. §. *illud quæritur ff. de interrog. action.* & fideicommissum itidem §. 1. *instit. tit. de fideicomm. hered.* Item sicut bonorum possessio per alium nobis acquiri potest *l.* 3. *acquirere ff. de bon. possess.* ita & fideicommissum *l. apud Julianum* 11. §. *utrum l. qui ita* 66. §. 1. *D. ad SC. Trebell.* Bonorum possessio non acquiritur nisi petatur, & coram judice agnoscatur *l. ult. C. qui admitti;* haud aliter fideicommissum *l. quia poterat* 4. *& l. recusare* 6. *& passim, D. ad SC. Trebell.* Effectus quoque idem est utriusque. Nam & agnita bonorum possessione commoda omnia & incommoda transeunt in bonorum possessionem, *l.* 1. *&* 3. *D. de bon. possess.* ita transeunt in fideicommissarium, restituta ipsi hereditate, *l.* 1. §. 1. *l. quia poterat* 4. *D. ad SC. Trebell.* & in utrumque dominium de jure transfertur omnium rerum: olim quidem non dominium Quiritium, quod a sola lege, & modis a lege præscriptis acquirebatur, de quibus *Ulpian. in fragment. tit.* 19. §. 2. *de domin. & acquis.* sed dominium naturale, & bonitarium. Prætor enim cum heredem facere non posset §. *quos autem inst. tit. de bon. possess.* nec dominum legitimum & Quiritarium efficere poterat, cujusmodi heres est. *Ulpian. ibid. Justinian. in* §. *ult. instit. tit. de hered. qual. & differ.* Festus *Heres apud antiquos pro domino ponebatur.* Varr. *de re rust. lib.* 2. ait *Legitimum perfici dominium si quis hereditatem justam adiit.* Transfert igitur Prætor in bonorum possessorem dominium bonitarium: hoc est, efficit, ut res sint in ejus bonis, quod indicat Ulpianus in *l.* 1. *ff. de bon. poss.* illis verbis. *Dominium rerum quæ in his bonis sunt.* Idem de fideicommissario traditum in *l. facta* 63. *in princ. ff. ad SC. Trebell.* Atque ita est interpretanda Lex difficilis 3. *ff. si usufr. pet.* Sed hæc dominiorum differentia sublata est a Justiniano in *l. unic. C. de nudo jure Quirit. tollend.*

Respondetur, verissimum esse, quod 6
fere in omnibus hereditas fideicommissaria similis est, & prope æqualis bonorum possessioni. In hoc tamen differunt, quod bonorum possessio datur a Prætore, & ab eo petitur, & coram eo, seu alio judice debet agnosci, *l. ult. C. qui admitti.* Quocirca, antequam agnoscatur, successor nullum jus in ea habet, tota enim pendet a jurisdictione Prætoris. Solummodo habet jus ejus petendæ agnoscendæque. Hoc autem jus personale est, quia cohæret personæ, quam Prætor ad successionem vocat, cuique bonorum possessionem pollicetur: atque adeo ad heredes ejus non transit, *l privilegia* 196. *in fin. ff. de R. J.* Fideicommissarius vero non recipit hereditatem a Prætore, sed ab herede, qui eam ipsi restituit, cum teneatur tamquam a defuncto obligatus. Cogit quidem Prætor heredem adire, & restituere hereditatem, sed ipse eam non dat: tantummodo exequitur voluntatem defuncti, qui hereditatem restitui mandavit, & heredem suum obligavit ad restituendum. Hanc obligationem transmittit ad heredes suos fideicommissarius, si ante mortem eam acquisiverit. Acquisivit autem statim, ac dies fideicommissi cessit, *l. cedere diem* 213. *ff. de V. S.* & ideo moriens post diem fideicommissi cedentem transmittit ad heredem, *l.* 5. *D. qu. di. leg. ced.*

III. Fundatur hæc sententia Ulpiani 7
auctoritate *l. apud Julianum* 11 §. *utrum D. ad SC. Trebell.* Ibi: *utrum autem præsenti, an etiam absenti restitui possit, procuratore adeunte Prætorem, videndum est. Ego puto absenti quoque fideicommissario cogi posse heredem institutum adire & restituere: nec vereri heredem oportere, ne in damno moretur; potest enim ei per Prætorem su-*

succurri, sive cautum ei fiat, sive non, & ante decesserit fideicommissarius, quam ei restituatur hereditas. Hæc ultima verba perspicue demonstrant, fideicommissarium non transmittere fideicommissum in heredes, si decedat, antequam ei restituatur hereditas: neque enim in damno posset esse heres, cujus nihil interest, utrum in fideicommissarium, an in ejus heredes transferantur actiones. Et sane videbatur contra statuendum, & heredem non indigere Prætoris auxilio, ejusque subsidiaria restitutione, cum non possit in damno morari. Etenim aut procurator habet mandatum a fideicommissario cogendi heredem, & tunc fideicommissarius agnovit fideicommissum, ac propterea illud procul dubio transmittit. Aut non habet, & procurator cavere debet heredi de rato, *l. qui ita 66.* §. 1. *D. eod.* Nihilominus ait Ulpianus heredem in damno morari posse sive ei cautum fuerit, sive non. Recte sane: nam si cautum sit, securus omnino non est heres propter fragilitatem & incertum cautionis, *d. l. qui ita* §. 1. & *l. cogi 16.* §. 1. *ff. eod.* possunt enim fidejussores labi facultatibus, quod sæpenumero evenit. Si vero cautum non sit, multo minus: potest enim de mandato moveri controversia, ex qua damnum, & incommodum sentiat heres, maxime si de mandato fortasse non liqueat. Iniquum autem est, incommodum & damnum pati eum, qui adit invitus a Prætore compulsus, sicut nec commodum quidem sentire debet, *l.* 1. §. 1. *l. quia 4 ff. eod.*

8 Firmissimum profecto est hoc fundamentum, quo jacto præclare fundatur hæc opinio: ita ut vix convelli possit: licet nonnullis videatur secus. Antonius Faber *lib.* 20. *conject. cap.* 7. *& seqq.* hanc legem a Triboniano fuisse corruptam, si non de integro confictam, arbitratur: probatque conjecturis minime contemnendis. Sed quid refert? *Lex ita scripta est*: ut ait Ulpianus in *l. prospexit* §. 1. *D. qui & a quib. man.* sive sit Ulpiani, sive Triboniani, æque servanda est: vim enim & auctoritatem legis neque ab Ulpiano, neque a Triboniano accepit, sed ab Imperatore Justiniano. Glossa, & veteres interpretes ad unum fere omnes hic agi putant de eo casu, quo fideicommissarius heredem non habeat: atque adeo non possit ad heredem transmittere fideicommissum. Est hoc hariolari, non leges interpretari. Ulpianus in *d.* §. *utrum* non agit de aliquo casu singulari, eoque rarissimo: cujusmodi est ille, quod fideicommissarius heredem non habeat. Nam & si bona ad fiscum pervenerint, tamen fiscus iisdem legibus obstringitur quoad fideicommissum, quibus privatus heres *l. recusare 6.* §. *si fisco ff. ad SC. Trebell.* Agit autem in genere Ulpianus de illa quæstione, an absenti possit restitui fideicommissum: possitque ejus procurator Prætorem adire, ut cogat heredem ad adeundam, restituendamque hereditatem: & respondet, posse. Item generaliter ait: *& ante decesserit fideicommissarius.* Temere, ac violenter additur: *sine herede*, quod utique adjecisset ipse Ulpianus, si tam restricte verba proposita voluisset intelligi: Multo probabilius ex hac lege doctissimus Cujacius colligi putat, fideicommissum non agnitum non transmitti exemplo hereditatis & bonorum possessionis.

Ego vero sic statuo, atque Ulpiani responsum sic explico. Non sine causa vereri poterat heres, ne in damno moraretur fideicommissario decedente antequam agnoscat fideicommissum, atque id sibi restituatur. Quoniam etsi transmittat illud ad heredem: tamen heres non cogitur illud agnoscere; sed arbitrium liberum habet agnoscendi, repudiandi, ut accidit in legatis, & fidei- 9

com-

commiſſis particularibus, quæ ſi a legatario non fuerint agnita, nihilominus ad heredem tranſmittuntur: id eſt, heredi debentur: ab herede peti poſſunt, ſi ea non repudiaverit: ad heredem proprie obligatio, & petitio legati transfertur, *l. hereditatis* 7. §. *inde dicimus in fin.* & *l. Firmio Heliodoro* §. 1. *ff. qu. di. leg. ced.* quam habebat ipſe legatarius poſt diem legati cedentem; neque plus juris in heredem ſuum transferre poteſt *l. nemo plus juris* 54. *ff. de R. J.* Itaque ſicut ipſe legatarius aut fideicommiſſarius poterat tum agnoſcere, tum repudiare legatum aut fideicommiſſum; ita & heres ejus. Quo probe conſtituto, merito potuiſſet heres vereri, ne in damno moraretur implicitus oneribus hereditariis, ſi fideicommiſſarius decedat antequam agnoſcat fideicommiſſum: ſcilicet, ſi liquido non conſtet de mandato, aut ratihabitione fideicommiſſarii. Licet enim ipſe fideicommiſſum tranſmittat ad heredem, tamen ſi hic fideicommiſſum repudiet, qui coactus adivit, cogetur onera hereditaria ſuſtinere, quia nihilominus heres manet. Neque enim heres eſſe unquam deſinit, qui ſemel heres fuit, *l. ei qui ſolvendo* 88. *ff. de hered. inſtit. l. ait Prætor* 7. §. *ſed quod Papinianus* 10. *ff. de minor.* §. *reſtituta inſtit. tit. de fideicom. hered.* neque actiones transferri poſſunt in fideicommiſſarium, cum ei hereditas non fuerit reſtituta. Quoniam autem hoc eſſet iniquum, idcirco Ulpianus ait, ipſi ſuccurrendum eſſe a prætore, nempe per reſtitutionem in integrum, ut hereditas ejus juſſu adita pro non adita habeatur: & bona vendantur a creditoribus nomine teſtatoris, non autem heredis, exemplo ejus, quod reſcripſit Divus Pius.

10 IV. Probatur ex reſcripto ejuſdem Divi Pii in *d. l. apud Julianum in fine*, qui in ſpecie hujuſmodi reſcripſit. Antiſtia Titium heredem inſtituit, & Albinæ ancillæ ſuæ directam libertatem reliquit: eique filiam per fideicommiſſum reliquit, rogavitque, ut eam manumitteret. Rogavit & Titium, ut ipſi, a matre manumiſſæ, reſtitueret hereditatem, cum nubilem ætatem compleſſet. Titius ſuſpectam dicebat hereditatem, eamque adire recuſabat. Reſcripſit D. Pius eum compellendum adire: a filia ſcilicet Albinæ, cui reſtituenda erit hereditas. Quamvis ſervus ipſius heredis non poſſit dominum compellere ad hereditatem adeundam, *l. cogi* 16. §. *ſed ſi ſervo* 13. *D. ad SC. Trebell.* tamen ſervus teſtatoris Prætorem adire & cogere poteſt heredem: propter ſpem libertatis, & hereditatis habet aditum ad Prætorem, *l. muliere* 22. §. *non eſt dubitatum* 1. *D. eod.* Poteſt igitur Albinæ filia, quæ erat ancilla teſtatoris, compellere heredem ad aditionem. Adita a Titio hereditate ſtatim competit Albinæ libertas; eique tradenda eſt filia, ut ab ea manumittatur. Manumiſſæ dandus tutor, quo auctore pupillæ ſtatim a Titio reſtituatur hereditas; licet enim ſub conditione nubilis ætatis ei relicta fuerit, tamen ſtatim reſtituenda eſt ab eo, qui coactus adit, *l. ille a quo* 13. *in princ. L. ſi cui pure* 31. *in princ. D. eod.* Quia tamen poteſt evenire, ut filia Albinæ decedat, antequam manumittatur, aut ei reſtituatur hereditas: utroque caſu Imperator ſubvenit heredi, propoſito remedio, ut bona vendantur a creditoribus Antiſtiæ nomine, non autem heredis. Quid ita? ſi filia poſt manumiſsionem deceſsit, cur bona non venduntur nomine Albinæ matris, quæ fuit heres filiæ, §. *ſunt autem inſtit. tit. de bon. poſſeſ.* aut fiſci ad quem bona vacantia deferuntur? Nempe quia non tranſmiſit fideicommiſſum ad heredem.

V. Probatur per text. in *l. cum filiofam.* 11. *in fin. D. de leg.* 1. inſtitutus fuit heres filiusfam, & rogatus pater ejus, ut ipſi poſt mortem ſuam reſtitueret hereditatem. Filius moritur ante 11

ante patrem. Pater retinet hereditatem: non autem a filio transmittitur ad heredem.

12 VI. In *l. a testatore* 109. *D. de cond. & dem.* Testator rogavit heredem, ut acceptis a Titia centum nummis ipsi hereditatem restitueret. Titia decessit, antequam daret heredi centum. Intercidit fideicommissum, nec transit ad heredem Titiæ, etiamsi paratus sit dare centum.

In his argumentis nihil est omnino momenti. In omnibus enim proferuntur exempla fideicommissorum sub conditione relictorum, in quibus dies non cedit, nisi existente conditione, *l.* 5. *§. sed si sub conditione D. qu. di. leg. ced.* Itaque mortuo fideicommissario ante eventum conditionis, ut in illis proponitur, intercidit fideicommissum, *l. intercidit* 59. *in princ. ff. de cond. & demon.* adeoque non potest ad heredes transire. Hæc generatim: jam singula separatim expendamus.

13 In *l. apud Julianum in fine* relictum erat fideicommissum filiæ Albinæ, cum nubilem ætatem complesset. Hoc fideicommissum conditionale est, eaque decedente ante nubilem ætatem ad heredes non transit, *l. si Titio* 22. *in princ. D. qu. di. leg. ced.* Quamvis enim cogatur heres adire statim, & restituere, ne, si moriatur ante aditam hereditatem, fideicommissum extinguatur, *l. in fin. D. de injust. rupt. l. eam, quam C. de fideic.* tamen ante conditionis eventum non transferuntur actiones, *l. sed etsi* 9. *& seq. D. ad S.C. Trebell.* & deficiente conditione fideicommissum intercidit, *l. si cui pura in princ. D. eod. & d. l. intercidit* 59.

14 In *l. cum filiofam.* 11. *in fin.* pater rogatus erat restituere filio post mortem suam. Hoc fideicommissum conditionale est, *l. heres meus* 79. *§.* 1. *D. de cond. & demonstr.* adeoque dies non cedit ante mortem patris, *l.* 5. *§. sed si sub conditione, l. si dies* 21. *in princ. D. qu. di. leg. ced.* & filio præmoriente, patri legatum & fideicommissum extinguitur, *d. l. intercidit* 59. Observanda autem sunt illa verba: *omnimodo patrem id retenturum*. Pater enim tum temporis non succedebat filio, sed bona ejus retinebat jure peculii, non jure hereditario ad eum perveniebant. Atque etiam bona castrensia, licet de his filius testari posset, tamen, si intestatus moreretur, non acquirebantur patri, sed ipsi non adimebantur, eaque retinebat jure proprio, jure patris, non jure heredis, *l.* 1. *&* 2. *l. prospiciebatur* 9 *§. sed cum nihil l. pen. §. pater D. de castr. pec. l.* 1. *§. si is qui bona* 22. *D. de collat.* ibi: *non enim nunc acquiritur, sed non adimitur, l. ult. D. ad SC. Tertyll. l. in eo* 33. *D. de acquir. rer. dom.* Quoad hoc enim retinebat naturam cujusvis alterius peculii. Illud etiam animadvertendum, quod de hoc nulla est controversia, neque hujusmodi quæstio in ea lege a Papiniano pertractatur: an filius moriens ante patrem, possit fideicommissum ad heredem transmittere. Absurdissimum enim esset hac de re dubitare. Id tantum controversum esse poterat: utrum apud patrem remanere deberet, an ad fiscum deferri ex lege Papia, cum in causa caduci esse videretur, *l. un. §. & cum triplici vers. vel ipsum C. de caduc. tollen.* Ad hoc respondet JC. fideicommissum patrem retenturum, quia vires capit ex persona patris, qui non jure hereditario, sed jure patrio illud obtinet; ac propterea non subjicitur legis Papiæ dispositioni.

In *l. a testatore* 109. verba illa 15
*acceptis centum nummis* conditionem faciunt ex *d. l.* ibi: *conditione parere non posse, l. nec ullam* 13. *§. sed etsi vers. plane ff. de petit. hered. l. si statu libera* 6. *§ ult. l. Sticho* 40. *ff. de statu lib. l. qui libertatis* 69. *§. servus ff. de evict. l. ab emptione* 58. *ff. de pact.* Et licet in fine *d. l.* sub-

Digitized by Google

subjiciat Claudius, Scævolam de jure aperto respondisse, cum dubitari posset, an in proposito conditio esset: tamen meo judicio Scævolam de jure aperto cavillatur: nam cum verba illa contineant factum a fideicommissario implendum, antequam fideicommissum consequatur, dubitari non potest, conditionem facere secundum leges modo laudatas. Utcumque sit, non dubitat Scævola, ea conditionem facere; ideoque fideicommissarium decedentem non impleta conditione excidisse fideicommisso, *d. l. intercidit* 59. neque enim vivo eo dies fideicommissi cessit, etiamsi conditio sit potestativa, *l.* 5. §. *sed si sub conditione ff. qu. di. leg. ced.* In hac lege igitur non dubitatur, an Titia transmisisset ad heredes fideicommissum: hoc enim esset de jure aperto dubitare: sed an heres fideicommissarii posset dare centum, atque ita impleta conditione consequi fideicommissum, cum nihil interesse videatur, an Titia ipsa per se centum daret, an vero per alium, nempe per heredem suum, *l. nulla* 5. *l. manifesti* 17. *C. de solut. princ. tit. inst. quib. mod. toll. oblig.* Maxime quia licet conditio, quæ consistit in facto, non possit ab alio impleri, potest tamen ea, quæ consistit in dando, *l. ult. ff. de cond. instit.* Porro si hæres vivente Titia, vel extremo vitæ momento centum ejus nomine solvisset, recte fuisset impleta conditio, *d. l. ult.* Sed ea mortua amplius impleri non potest, extincto jam fideicommisso. Idcirco recte respondit Scævola: hæredem conditionem implere non posse.

16 His diligenter examinatis, addamus & textum petitum ex *l. quidam ita* 25. *in princ. vers. Marcellus ff. ad SC. Trebell.* ubi fideicommissarius decedens, antequam sibi restituatur hæreditas, ipsam non transmittit ad hæredes, etiamsi post diem legati cedentem decesserit.

Nihil valet: nam ibi pupillo substituta erat mater ejus, si ille decessisset ante restitutam hæreditatem: decessit; matri igitur restituenda est hæreditas ex voluntate testatoris, ut recte ibi notat Marcellus contra Julianum: nam qui substituit alicui pupillo, præfert substitutum hæredibus pupilli, *l.* 2. §. *ult. ff. ad SC. Trebell. interdum cum seqq. ff. de vulg. & pup.*

Idem respondendum etiam in *d. l. heredib.* 77. §. *ult. ff. ad SC. Trebell.*

---

## CAPUT VII.

### *Ad Eamdem L.*

### SUMMARIUM.

I *Heres compellitur adire hæreditatem & restituere, ex nobili officio Judicis, hoc est Prætoris.*

II *Officium judicis nobile aliud est, quam officium jus dicentis.*

III *Bonorum possessio non agnita ad hæredes non transit: neque jus eam petendi, aut petitionem ratam habendi.*

IV *Exponitur L. postulante* 44. *ff. ad SC. Trebell.*

V *Fideicommissum agnoscit, qui cogit hæredem adire & restituere.*

VI *Exponitur L. cogi* 16. §. *idem Macianus* 9. *ff. ad SC. Trebell. & n.* VII.

VII *Pluribus modis in locum alterius succedi potest.*

VIII *Explicatur* L. 3. C. *de fideicomm. & n.* IX.

IX *Aliud est fideicommissum non esse agnitum, aliud non esse restitutum. & n* X.

XI *Moram faciente hærede in hæreditate restituenda, perinde est ac si restituta fuisset.*

SEquitur, ut in alteram partem de proposita controversia disputemus, Quod fideicommissum etiam non agnitum transmittatur, probari potest, quia ad compellendum hæredem competit officium judicis nobile, videlicet Prætoris cogentis hæredem adire & restituere, *L. quia poterat* 4. *& passim ff. ad SC. Trebell.* sed officium judicis nobile tran-

sit ad hæredes *l. Pannonius Avitus* 86. *de acq. ir. hæred.*

2 Firmissimum esse hoc argumentum veteres arbitrantur, quod hercle levissimum est, ne dicam ineptissimum. Officium Judicis nobile transit ad hæredes, ad quos hæredes? Nempe ad hæredes ipsius judicis. Officium enim judicis nobile aliud est, quam officium jus dicentis, *l. 1. ff de jurisdict.* Ipse jus dicens est, qui habet hanc pleniorem jurisdictionem dandi bonorum possessionem, tutores, & alia gerendi, de quibus in *d. l. 1. & 3. ff. de jurisdiction.* Hoc est officium Prætoris, officium jus dicentis. Si transit ad hæredes: utique ad hæredes ipsius Prætoris transibit, cujus est proprium. Ergo hæredes Prætoris habent eamdem jurisdictionem, quam ipse Prætor habebat. Monstra loquor. Igitur sic adstringere oportet argumentum. Jus implorandi officium jus dicentis in hæredem transit: sed hoc jus habet fideicommissarius, ergo &c. Sed in hoc argumento falsum est, quod primo assumitur. Nam & bonorum possessionem dare pertinet ad officium jus dicentis *d. l. 1. ff. de jurisd.* & ab eo petenda est, & coram judice agnoscenda, *l. ult. C. qui admitti*, *instit. tit. de bonor. possess. in princ. & in § 1. & per tot.* & tamen bonorum possessio non agnita
3 ad hæredes non transit, imo nec jus ejus petendæ, aut ratam habendi petitionem factam a procuratore nomine hæredis defuncti, *l. emancipata C. eod. l. 3. §. acquirere ff. de bonor. possess.* Atqui in *l. Pannonius Avitus* restitutio datur hæredi. Nihil ad rem. Ibi: *ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant, quæ stricto jure non competit, quia intra diem aditionis Avitus obiisset.* Contrarium ergo ea lege probatur. Humanitatis tamen causa conceditur ibi restitutio tum propter absentiam Reip. causa; tum propter legitimam justamque ignorantiam absentis causa Reip. Est igitur illud jus singulare, quod deficientibus duabus hisce causis simul junctis ad consequentias producendum non est, *l. quod vero 14. cum duab. seqq. D. de legib.* Et sane rescripto Divi Pii opus fuit ad illud singulare jus introducendum. Neque vero is sum, qui negem, restitutionem in integrum ad hæredes transire, *l. non solum 6. D. de restit. in integ. l. 1. C. de restit. milit.* sed ideo transit ad hæredes, quia actio est, *l. 1. D. ex quib. caus. major.* Ibi: *actionem dabo*, *l. etiamsi 29. ult. D. de minor.* Ibi: *ad agendum evocato*, *l. non solum §. est & cujus D. de procurat.* Actiones autem in hæredes transeunt, *l. in honorariis 35. D. de oblig. & act. l. toties 44.* & *l. hoc jure 152. §. ult. D. de R. J.* Ideo autem in *l. Pannonius* hæredes Aviti non habebant restitutionem, quia nec Avitus ipse, si vixisset, eam habuisset, cum nondum dies aditionis præteriisset: potuisset enim adire sine auxilio restitutionis. Propterea cum ipse Avitus eam non haberet, cum decessit, non potuit ad hæredes transferre, *l. noxale 27. §. ex his vers. quia nullus D. de noxal. act. l. traditio 20. in princ. D. de acquir. rer. dom.*

II. Probant per *l. postulante 44. in princ. D. ad SC. Trebell.* Species ejus 4
legis hæc est. Titius in testamento libertatem Sticho servo suo dedit, & rogavit hæredem institutum, ut Sticho restitueret hæreditatem. Hæres cum suspectam diceret hæreditatem, coactus est eam adire, Sticho id a Prætore postulante. Verum Stichus decessit, antequam ei restitueretur hæreditas. Quæsitum fuit, an Stichi hæres possit recusare accipere hæreditatem fideicommissam. Respondit Marcellus, non posse: sicut non posset ipse Stichus, si viveret, ergo Stichus transmisit fideicommissum in hæredem.

Futile prorsus argumentum. Stichus 5
obiit ante restitutionem fideicommissi, non ante agnitionem. Agnovit enim, cum

cum coegit hæredem adire & restituere. Idcirco ait Marcellus, quod Stichus, si viveret, non posset recusare eam accipere: quia hæreditas, postquam adita fuit, amplius repudiari, ac respui non potest, *l.* 3. *&* 4. *C. de repud. hæred.* idemque juris est in bonorum possessione *l.* 1. *§. decretalis D. de success. edict.*

6 III. Probat hanc sententiam Ulpiani responsum in *l. cogi* 16. *§. idem Mæcianus* 9. *D. ad SC. Trebell.* Titius heredem rogaverat ut duobus vel pluribus hæreditatem suam restitueret. Hæres cum suspectam diceret hæreditatem ab uno ex illis coactus est adire. Quæsitum est, an Falcidiam retinere possit saltem in portione aliorum, qui non coegerunt, *si ipsi quoque desiderent sibi restitui, vel alius in locum eorum successerit.* Observant illa verba *vel alius* &c. ex quibus deducunt etiam hæredem fideicommissarii, qui in ejus locum succedit, posse desiderare, ac petere, ut sibi restituatur hæreditas.

7 Respond. animadvertendum esse, quod in hac lege de nostra controversia non agitur, sed obiter nominatur is, qui in locum fideicommissariorum succedit. Quapropter secundum rectam interpretandi rationem supponendi sunt termini habiles, ut Philosophi loquuntur: videlicet quod ille, qui in eorum locum successit, habeat jus petendi fideicommissum: alioqui insulsum, quærere an ex ejus portione detrahenda sit Falcidia, qui nullum jus habet in ea portione. Idcirco JC. non dixit: *sive alius eorum heres.* Sed *sive alius in eorum locum successit.* Hæc verba generalia sunt, *l. ait Prætor* 7. *cum seq. ff. de jurejur. l. ult. ff. de except. rei vend.* Nam in locum alterius succedere dicitur sive quis per universitatem, sive in rem succedat, *l.* 2. *§. illud tenendum* 13. *ff. quod legator.* & sive hæreditate sive emptione, sive alio quo jure succedat, *l.* 3. *§. si quis ff. de itin. actuque priv.* Finge, fideicommissarios vendidisse hæreditatem fideicommissam Titio: potest vendi, dum ne decipiatur emptor, qui credat se emere hæreditatem directam, assem hæreditatis, dum emit fideicommissam quadrante diminutam propter Falcidiam, *l. si quasi* 16. *ff. de hered. vel act. vend.* Emptor hæreditatis desiderare poterit, ut sibi restituatur hæreditas, sicut desiderare poterat fideicommissarius, qui eam vendidit: neque enim minus juris habere debet, quam apud venditorem futurum esset, *l.* 2. *in princ. ff. eod. l. invitus* 156. *§. cum quis ff. de R. J.* Finge, iterum fideicommissario datum fuisse substitutum, ut in *l. quidam ita* 25. *in princ. ff. ad SC. Trebell.* Substitutus proprie dicitur succedere in locum primi instituti *§.* 1. *instit. tit. de vulg. l.* 3. *C. de instit. & subst. l. quamvis* 4. *C. de impub. & al. subst.* Ibi: *in locum ejus*; Cic. *in* 3. *de offic. Quid ergo? Hic non noceat, qui quasi quodam veneno perficiat, ut veros haredes moveat, in eorum locum ipse succedat?* Hæres autem minus proprie dicitur succedere in locum defuncti: sed succedere in universum jus defuncti, *l. hæres in omne* 7. *ff. de acquir. vel omit. hæred. l. cum heres* 11. *ff. de divers. tempor. præscript.* Finge igitur fideicommissarios habuisse substitutum, utique ad eos hæreditas fideicommissa pertinebit, *d. l. quidam ff. ad SC. Trebell.* Quod si verbis illis etiam hæredes comprehendi concedamus, supponere oportet, fideicommissarios saltem verbo tenus agnovisse fideicommissum ante mortem: hoc ipsum enim supponit Mæcianus, ut indicat illis verbis: *sive ipsi quoque desiderent sibi restitui, sive alius &c.* Cum enim ab eo tractetur illa quæstio: an qui ab uno tantum ex fideicommissariis coactus fuit adire, amittat Falcidiam etiam in portione eorum, qui non coegerunt, necesse est, ut supponat eos quoque fideicommissum agnovisse: alias id nihil haberet dubitationis. Maxime quia decidit, in eorum

por-

portione locum habere Falcidiam. Falso, si non agnoverunt. Tota enim hæreditas pervenit ad eum, qui coegit, & in ea locus Falcidiæ non est. Ibi: *& cum hodie hoc jure utimur, ut totum transeat ad eum, qui coegit, consequens est,*
8 *dicere quartæ retentionem amisisse.*

IV. Probatur rescripto Antonini Imperatoris in *l.* 3. *C. de fideicom.* Domina hæredes institutos rogavit, ut puellam Chrysidem manumitterent, & manumissæ restituerent hæreditatem. Puella post manumissionem intestata decessit, antequam ei restitueretur hæreditas. Succedunt ipsi manumissores *instit. de succes. libert.* Rescripsit Imperator, eos adita Chrysidis hereditate fideicommisso liberatos fuisse per aditionem, confusis actionibus: quemadmodum evenire solet, cum debitor creditori succedit, *l. sicut* 75. *& l. Stichum* 95. §. *aditio ff. de solut.* quia nemo sui ipsius debitor & creditor esse potest, *l. cum filiosam.* 11. *vers. ipsi vero ff. de legat.* 1. Si confusis actionibus liberati sunt fideicommisso, Chrysis in eos tamquam legitimos hæredes fideicommissum transmisit: neque enim confundi possent actiones, si in eos morte Chrysidis translatæ non fuissent jure hæreditario. Neque hoc intelligi potest de actionibus hæreditariis, quibus tenebatur testator, qui fideicommissum reliquit: tum quia non transeunt in fideicommissarium nisi per restitutionem *l.* 1. §. *cujus verba* 2. *ff. ad SC. Trebell.* quæ hic facta non fuerat: tum quia illæ non confunduntur per aditionem, sed hæres, qui adit hæreditatem fideicommissarii, etiam post restitutam hæreditatem, solummodo exceptionem amittit, quam ante aditionem habebat, *l. Stichum* 95. §. *aditio, ff. de solut.* quia etiam restituta hæreditate hæres manet §. *restituta instit. tit. de fideicomm. hæred.* Itaque tamquam hæres potest conveniri, sed exceptione restitutæ hæreditatis defenditur *l.* 1. §. *quamquam* 4. *l. ita tamen* 27. §. *qui ex Trebelliano* 7. *ff. ad SC. Trebell.* quam amisit adeundo hæreditatem fideicommissarii: eaque amissa potest a creditoribus hæreditariis cum effectu convenire. Agitur igitur in laudata *l.* 3. de actione, quam Chrysis habebat ad petendum fideicommissum, quaque poterat hæredes convenire, quæ in eos translata per aditionem confunditur.

Resp. in laudata *l.* 3. proponi puel- 9
lam Chrysidem mortuam fuisse ante restitutionem, non ante agnitionem fideicommissi. Quocirca ea lege probatur quidem, quod fideicommissarius moriens ante restitutionem transmittat in hæredes fideicommissum nondum sibi restitutum: non tamen probat, quod etiam non agnitum transmittat. Probabile autem, ibi Chrysidem accepta libertate fideicommissum agnovisse, & petiisse ab hæredibus, ut haberet, unde se aleret: differentibus autem hæredibus restituere, ac procrastinantibus Chrysidem decessisse. Agnitio enim fieri potest statim a fideicommissario, cum tota pendeat ab ejus voluntate, restitutio autem cum pendeat a facto hæredum, nonnullas moras habet interdum culpa ipsorum hæredum, quo casu tenentur etiam fructus post moram perceptos restituere, *l. postulante* 44. *in fine ff. ad SC. Trebell.* interdum etiam sine ulla eorum culpa, cujus moræ exemplum proponitur in *d. l. postulante in princ.*

V. Afferunt text. in *l. si ejus* 64. 10
*si quis rogatus vers. vel eum ei ff. ad S. C. Trebell. vel cum ei, cui restitui debuit, plures hæredes extiterint, ut cui restituta erit, is pro ea parte ex hoc senatusconsulto habebit actiones.* Ergo hæreditas fideicommissa restituenda est hæredibus fideicommissarii, si decesserit ante restitutionem.

Eadem responsio. Non tractatur hic 11
quæstio, an hæreditas restituenda sit hæredibus fideicommissarii: sed pro qua parte transeant actiones, hæreditatis parte restituta. Quamobrem supponendum est

est eundta intervenisse, quæ requiruntur, ut fieri debeat restitutio: & si ad faciendam restitutionem hæredibus, necessaria est præcedens agnitio defuncti fideicommissarii, supponere debemus eum, antequam moreretur, agnovisse. Atque id aperte indicant illa verba: *cui restitui debuit*. Si defuncto restitui debuit, utique illud agnovit. Neque enim restitui debet, antequam agnoscatur, cum possit etiam repudiari, *l. is potest* 18. *ff. de acquir. hæred.*

11 VI. Vehementius urget *l.* 3. §. *idem dicendum ff. de adim. legat.* Puero fideicommissum datum fuerat, eique substituta mater, si ante restitutam hæreditatem decessisset, sicut vere decessit. Respondet JC. quod si decessit ante diem legati cedentem, mater admittitur: Si postea, hæres pueri defuncti. Ergo fideicommissum ad heredes transmittitur, quotiescumque fideicommissarius moritur post diem legati cedentem, etiam excluso substituto.

Hoc argumentum nimis probat. Substituta erat puero mater, si ante restitutam hæreditatem decessisset: extitit conditio substitutionis puero ante restitutam hæreditatem decedente: nihilominus mater excluditur, eique pueri hæredes præferuntur. Quid hoc rei est? Nodum solvit ipse JC. in postremis illis verbis: *utpote re ipsa mora subsecuta*. Sciendum est, quod si post diem legati cedentem hæres moram facit in hæreditate restituenda, perinde est ac si hæreditas fuisset restituta; & ideo fructus non ad hæredem, sed ad fideicommissarium pertinent, *l. postulante* 64. *in fin. ff. ad SC. Trebell.* Moram facit hæres, si a fideicommissario interpellatus restitutionem differat, *l. mora* 32. *D. de usur. l. nemo* 82. §. 1. *D. de V. O.* Illud singulare est in pupillo, ut etiam nulla interveniente interpellatione re ipsa mora fiat, si debitor differat solutionem, *l. cum vero* §. 1. *vers. cert. minoribus ff. de fideicom. libert. l.* 3. *C. in quib. caus. in int. rest. necess.* hac nostra *l.* 3. §. *idem dicendum*. Ibi: *re ipsa mora subsecuta*. Modo ad rem. Si fideicommissarius ante moram hæredis decesserit, substitutus admittitur exclusis hæredibus fideicommissarii: si quidem ante diem legati cedentem decesserit: Si postea, hæredes admittuntur excluso substituto: nisi appareat contraria voluntas testatoris, ut in *l. quidam in princ. D. ad SC. Trebell.* in qua non potuit moram fecisse hæres, cum puer decesserit ante aditam hæreditatem. Quod si mora facta fuerit fideicommissario, & decesserit, antequam ei restitueretur hæreditas herede procrastinante, ad hæredes transmittitur fideicommissum, excluso substituto: quod si nulla mora intercesserit, admittitur substitutus, exclusis hæredibus, quemadmodum etiam admittitur, si ante diem legati cedentem fideicommissarius decesserit, *l.* 3. §. *si quis Titio D. de adim. legat.* Idem dicendum est in pupillo, nisi quod pupillo mora fit re ipsa sine interpellatione, *d. l.* 3. §. *idem dicendum*, quod ætatis favore est constitutum, *l. curabit* 5. *C. de act. empti.* Atque hæc ea ratione nituntur, quod si fideicommissarius ante diem legati cedentem decedat, non potest fideicommissum ad heredem transmittere, cum in eo nihil juris habeat, *l.* 4. *D. quando dies leg. ced. l. si ususfructus* 14. *in princ. D. eod.* Si vero decedat non solum post diem legati cedentem, sed etiam post moram, legatum transmittit, quia interpellando hæredem fideicommissum agnoscit, & non dubiratur agnitum transmitti, etiamsi nondum ejus restitutio intervenerit. Et quia mora id efficit, ut pro restituta habeatur hæreditas, quæ culpa hæredis non fuit restituta, idcirco substitutus excluditur, quasi deficiente conditione substitutionis.

Posset etiam probari per text. in *l.* 3. *D. de fideic. hæred. petit.* Sed nihil valet: ibi enim agitur de hæreditate jam restituta, ut constat ex *l.* 1. cum qua

quæ connexa sunt, *l.* 2. *&* 3.

## CAPUT VIII.

### *Ad Eamdem L.*

### SUMMARIUM.

I *Fideicommissario decedente post diei cessionem, fideicommissum universale etiam non agnitum ad heredes transmittitur.*
II *Cedere diem, & transmitti legatum, sunt omnino conjuncta.*
III *In fideicommissis universalibus dies cedit sicut in particularibus.*
IV *Si pure sint relicta, dies cedit a morte testatoris, si sub conditione, ea adveniente.*
V *Fideicommissarius decedens post mortem testatoris, vel post impletam conditionem transmittit fideicommissum. & nn. seqq.*
VI *Expenditur L. 3. §. idem dicendum ff. de adim. leg.*
VII *Examinatur L. quidam 25. ff. ad SC. Trebell.*
VIII *Exponitur L. 3. C. de fideic.*
IX *Expenditur L. un. C. de cad. toll.*
X *In hac L. comprehenduntur fideicommissa universalia.*
XI *Fideicommissi universalis nomine non continetur hereditas.*
XII *Fideicommissa relicta post mortem heredis sunt conditionalia.*

1 HIs accurate ac diligenter examinatis, amplius in eodem luto non hæsito, & pro certo ausim affirmare: etiam fideicommissum universale non agnitum ad hæredes transmitti, dum fideicommissarius post diei cessionem fato fungatur. Hoc autem ut affatim demonstrem, tria præmittam, quæ in disceptationem cadere non possunt.

2 Primum, quod cedere diem, & transmitti legatum aut fideicommissum adeo sunt conjuncta atque connexa, ut admissa cessione diei, necessario subsequatur translatio; & contra exclusa translatione, cesset etiam diei cessio: ut constat ex *toto tit. D. qu. di. leg. ced.* & maxime ex *l.* 2. *&* 3. Ibi: *neque eorum dies ante aditam hæreditatem cedit; neque petitio ad hæredem transit: nam cum ad hæredem non transferatur, frustra est si ante quis diem ejus cedere dixerit l. si post diem 5. in princ. & in §. 1. versic. nisi forte.* Ibi: *nisi forte id fuit legatum quod ad hæredem non transit: nam hujus dies non ante cedit ex l. si usufructus 14. §. 1.* Ibi: *posse diei legatum transtulisse, quia mortuo legatario dies legati cedit*, ex *l. cum sine 18. §. 1. in fine l. cum illud 25. in fine.* Ibi: *hæres legatarii petitionem habet: namque dies legati cedit l. ult.* Ibi: *quæsitum est, an dies fideicommissi, cum moritur, cessisse videatur: ideoque hæredibus ejus debeatur. ff. eod.* Sunt hæc omnino consequentia: cessit dies fideicommissi: ergo transit ad hæredes: non transit ad hæredes: ergo dies non cessit.

Secundo, quod in fideicommisso universali dies cedere dicitur, sicut in legatis & fideicommissis rerum singularum, 3
*l.* 3. §. *idem dicendum D. de adim. leg.* Ibi: *idem dicendum, & si fideicommissa hæreditate puero data &c. Si puer ante diem legati cedentem decessisset, matri debeatur: si postea, ad pupilli hæredes fideicommissum transmittatur.* Comparat hic fideicommissam hæreditatem legato. Supra de legato egerat: subdit deinceps: *idem dicendum &c.* Imo pro eodem accipit utrumque. Nam fideicommissam hæreditatem postmodum nominat legatum: nam quoad cessionem & translationem idem omnino jus est de legato & de fideicommisso universali. Julianus in *l. quidam 25. in princ. D. ad SC. Trebell. Si puer antequam dies fideicommissi cedat, decessisset, fideicommissum translatum ad matrem: postea autem quam dies fideicommissi cedit, si decesserit, ad hæredem pueri fideicommissum pertinere.* Semper spectatur diei cessio, ex qua pendet omnino translatio. Hanc pariter spectandam innuunt Imperatores in *l. si in personam 21. C. de fideicom. Si in personam patris tui,*

cui

*cui te succeſſiſſe proponis, fideicommiſſi dies utiliter ceſſit &c.* Illud etiam non leve argumentum eſt, ea quæ de ceſſione diei tradita ſunt *in tit. qu. dies leg. vel fideicom. cedat*, etiam ad fideicommiſſa univerſalia pertinere, quod hic titulus non ſubſequitur luculentiſſimum tractatum de legatis & fideicommiſſis ſingularibus, ſed ſubjicitur ſtatim poſt tractatum fideicommiſſorum univerſalium, qui habetur *in tit. D. ad SC. Trebell.*

4 Tertio quod in fideicommiſſis univerſalibus, ſi pure fuerint relicta, dies cedit a morte teſtatoris: ſi ſub conditione, ab eventu conditionis, quemadmodum in ſuperiore diximus evenire in legatis & fideicommiſſis particularibus. Probat id mihi Julianus in *l. quidam 25. in princ. D. ad SC. Trebell.* quærit ibi, an fideicommiſſum univerſale relictum puero, ut primo quoque die ipſi reſtitueretur, ejus hæredibus debeatur, an vero matri, ſi puer ante aditam hæreditatem deceſſerit. Reſpondet, quod ſi deceſſerit poſt diem legati cedentem, tranſit ad hæredes. Ergo dies fideicommiſſi cedit ante aditam hæreditatem; ideoque a morte teſtatoris. Confirmatur auctoritate Imperatoris noſtri in *l. un. §. in noviſſimo cum ſeq. C. de caduc. toll.* Ibi: *& dies legatorum & fideicommiſſorum a morte defuncti cedere.* Non poteſt autem dubitari, nomine fideicommiſſorum hic comprehendi etiam fideicommiſſa univerſalia, cum Imperator abroget legem Papiam, quæ tam hæreditatem, quam legatum & fideicommiſſa tam univerſalia, quam particularia complectebatur. Ideo excipit hæreditatem, quæ non adita non tranſmittitur. Nomine autem hereditatis non continetur hæreditas fideicommiſſa, quia hæc non aditur, & nunquam adiri dicitur, ſed agnoſci & reſtitui. Excipit etiam libertates, quarum diem ab adita hæreditate cedere ſtatuit, ſicut etiam a veteribus jam olim fuerat conſtitutum. Ergo fideicommiſſa univerſalia, quæ non excipit, comprehendit. Subjicit in *§. ſin autem* quod horum omnium dies cedit exiſtente conditione; ſi qualiſcumque conditio fuerit adjecta.

His probatis, conſequens eſt, fideicommiſſum univerſale et iam nondum agnitum ad hæredes tranſire, ſi fideicommiſſarius decedat poſt diem legati cedentem: hoc eſt, poſt mortem teſtatoris, ſi purum ſit; poſt exiſtentem conditionem, ſi fuerit conditionale. Sic enim paucis concludi poteſt argumentum. Fideicommiſſum, in quo dies cedit, ad hæredes tranſit moriente fideicommiſſario poſt diei ceſſionem, ut probatum eſt: ſed fideicommiſſi univerſalis dies cedit a morte teſtatoris, ſi purum ſit; ab exiſtente conditione, ſi fuerit conditionale, ut pariter probatum eſt. Ergo ſi fideicommiſſarius moriatur poſt mortem teſtatoris, aut poſt exiſtentem conditionem, tranſmittit ad hæredes fideicommiſſum. Hoc argumentum meo judicio eſt demonſtrativum. Sed ut id evidentius eluceat, diligentius expendamus leges, quas paulo ante allegavimus. 5

In *l. 3. §. idem dicendum ff. de adim. leg.* puero data erat fideicommiſſa hæreditas; & ſi ante reſtitutam deceſſiſſet, matri ejus relicta. Si puer ante diem legati cedentem decedat; hoc eſt, ante mortem teſtatoris, matri debetur hæreditas: fuit enim pupillo ſubſtituta in caſum, quo ipſe moreretur ante reſtitutam hæreditatem. Mortus eſt non ſolum ante reſtitutam ſibi hereditatem, ſed etiam ante diei ceſſionem. Exiſtente igitur conditione fieri locum ſubſtitutioni nulla prorſus eſt dubitatio. Illud tantummodo poteſt habere diſceptationem, an, ſi pupillus moriatur poſt diem legati cedentem, tranſeat ad hæredes pupilli: an matri pueri debeatur. Primo quia mater ſubſtituta eſt filio pupillo ſub conditione, ſi deceſſerit ante reſtitutam ſibi hæreditatem; ac propterea etiamſi deceſſerit poſt diem 6



Digitized by Google

cessionem, tamen, si decesserit ante restitutionem, videtur extitisse conditio substitutionis. Secundo quia hic non agitur de legato, quod ad hæredes transire, legatario post diei cessionem defuncto, indubitatum est; sed agitur de hæreditate fideicommissa. His tamen dubitationibus minime obstantibus respondit Ulpianus, puerum ad hæredem suum fideicommissam hæreditatem transmittere. Secundam dubitationem tollit respondendo, idem dicendum de hæreditate fideicommissa, quod de legato: videlicet utrumque post diei cessionem ad hæredes transire. Primam tollit illis verbis: *utpote re ipsa mora subsecuta*. Mora fit re ipsa in pupillis, & hæreditas habetur pro jam restituta, ut supra exposuimus, & conditio pro defecta. Quoad rem nostram attinet, qui de hoc non disputamus: perspicuum est fideicommissam hæreditatem ad hæredes transmitti post diei cessionem, & hæreditatis fideicommissæ transmissionem non differre a trasmissione legati. Id enim aperte in hac lege statuit Ulpianus.

7 Idipsum dilucide planeque statuerat ante Julianus in *l. quidem* 25. *in princ. ff. ad SC. Trebell.* a quo idem factum proponitur, nisi quod hæres rogatus erat restituere prima quaque die, & si puer ante decessisset, matri ejus reddere. Verba illa *prima quaque die* conditionem non faciunt, imo nec diem continent: neque enim ad suspendendam obligationem, aut ad differendam solutionem sunt adjecta, sed ad eam accelerandam, *l. Titia* 84. *ff. de cond. & dem. l. liber homo* 118. §. 1. *ff. de V. O.* Itaque purum est fideicommissum, ejusque dies cedit a morte testatoris. Quærit Julianus puero moriente, ad quem pertineat fideicommissum: Utrumne ad matrem, an vero ad hæredes pueri, atque ita distinguit: *Si puer, antequam dies fideicommissi cedat, decessisset, fideicommissum translatum ad matrem esse; postea autem quam dies fideicommissi cedit, si decesserit, ad hæredem pueri fideicommissum pertinere*. Ergo fideicommissum ad hæredes transmittitur a fideicommissario post diei cessionem moriente. Verumtamen quia mater erat substituta in casum mortis filii, dubitat Julianus, quæ fuerat voluntas testatoris quoad substitutionem matris, an eam voluerit substitutam in quemcumque casum mortis ante restitutam hæreditatem: & ait, Prætorem æstimaturum ex persona matris, & ex persona hæredis pueri. Subdit tamen Marcellus, voluntati testatoris congruum esse, quandocumque puer decesserit sive ante sive post cessionem, ad matrem transferri fideicommissum. Et recte quidem; quia verba sunt generalia utrumque casum comprehendentia; ibi *aut si quid ei prius acciderit*. Nempe priusquam ei restituas hæreditatem, itaque comprehendunt omne tempus ante restitutionem hæreditatis: adeoque etiam tempus subsequens diei cessionem, scilicet quod fluit a morte testatoris usque ad restitutionem. Quamobrem recte etiam subdit Marcellus: *si non jam puer hoc acceperit*: nam per ipsam restitutionem deficit conditio substitutionis. Sed hæc nihil nobis obsunt: neque enim ambigi potest, testatorem posse transferre in alium fideicommissum, non solum post diei cessionem, sed etiam post restitutionem, & quandocumque, veluti cum alteri illud relinquit post mortem fideicommissarii, ut sæpe fit, vel sub alia quacumque conditione.

In *l. si personam* 21. *C. de fideicom.* ut hæres fideicommissarii succedat in fideicommisso, nihil aliud exigunt Imperatores, quam ut dies fideicommissi utiliter cesserit in personam fideicommissarii: videlicet ut extiterit conditio vivente fideicommissario, cui hæres rogatus erat restituere, si sine liberis decessisset: nec quicquam ibi quæritur de agnitione fideicommissi; ergo ad transmittendum fideicommissum sufficit diei

diei cessio, nulla agnitionis habita ratione.

8 Eodem tendit Antonini rescriptum in l. 3. *C. eod.* in quo & Imperator nihil aliud requirit, ut Chrysis ad patronos hæredes transmittat fideicommissum, quam ut decesserit post aditam hæreditatem. Atque hoc ea ratione, quia dies legati & fideicommissi servo relicti cedit ab adita hæreditate, *l. hæreditatis aditio* §. *ult.* & *l. seq. ff. qu. di. leg. l. unic.* §. *libertatibus 6. de caduc. toll.* Igitur ut a fideicommissario transmittatur fideicommissum, id tantummodo requiritur, ut post diem legati cedentem moriatur.

9 Confirmari denique potest hæc sententia auctoritate Justiniani in *l. un. C. de caduc. tollend.* lege Papia & Senatusconsultis circa eam introducendis caduca fiebant hæreditas, legata, fideicommissa, morientium ante apertas testamenti tabulas: dies enim legatorum & fideicommissorum non a morte testatoris, sed ab apertura tabularum cedebat. Justinianus hoc inhumanum existimans ad fiscum potius deferri legata & fideicommissa morientium ante apertas tabulas, quam ad eorum hæredes, hanc legem sustulit, sanxitque tam legatorum quam fideicommissorum diem cedere a morte testatoris in §. *cum igitur* & in §. *in novissimo*. Neque possent ad heredes transmitti, si eorum dies non cessisset. Sunt enim hæc conjuncta, atque connexa adeo, ut sic recte concludatur: cessit dies legati, ergo transit in hæredem fideicommissum; & contra; non transit fideicommissum, ergo non cessit dies, idque sine ulla exceptione, *l. 2. & 3. ff. quand. di. leg. eod.* Quamobrem lex Papia, ut hanc transmissionem impediret, vetuit ante apertas tabulas diem cedere. Contra Justinianus, ut transmissionem antiquam reduceret, statuit diem cedere a morte testatoris, non autem post apertas tabulas. In hac autem constitutione jus antiquum revocante & legem Papiam abolente comprehendi etiam fideicommissa universalia, non est ambigendum. Nam lex Papia omnia comprehendebat, *d. l.* §. *& cum triplici*. Ibi: *& cum triplici modo ea, quæ in publicis elogiis relinquuntur*. Hæc verba comprehendunt etiam fideicommissa universalia: nam & ipsa in ultimis elogiis relinquuntur, §. 4. *Instit. tit. de fideicomm. hæred.* Ulpian. *tit.* 25. §. 4. Et iterum, *is qui aliquid ex testamento habuit*, & infra: *hoc quod relictum erat*, & perpetuo usurpat verba generalia. Hoc amplius *in* §. *In novissimo*, ubi sancit legatorum & fideicommissorum diem a morte testatoris cedere, ut ad hæredes possint transire excluso fisco, nominatim excipit hæreditatem. Ibi: *hereditatem enim, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur*. Hæc exceptio perspicue demonstrat nomine fideicommissorum ante comprehendi quoque fideicommissa universalia, *l. quæsitum* 12. §. 43. *vers. denique*. *Neratius ff. de instr. vel instrum.* Alias etiam in §§. *seqq.* exceptiones proponit multo minoris momenti, nunquam tamen excipit fideicommissum universale, quod maxime erat necessarium. Neque aliquis putet, 11 fideicommissum universale nomine hæreditatis contineri: nam regula illa etiam a veteribus tradita, quam hic confirmat Imperator *hæreditas non adita non transmittitur*, non attinet ad hæreditatem fideicommissam. Etenim fideicommissum non dicitur adiri a fideicommissario: sed ipsi ab hærede restitui. Adeundi verbum soli hæreditati convenit, deductum ex antiqua formula cretionis, de qua *Ulpianus in fragm. tit.* 22. §. 28. *Cernere est verba cretionis dicere ad hunc modum: cum me Mævius hæredem instituerit, eam hæreditatem adeo cernoque*. Cretionem fieri mandabant plerumque testatores, ut apparet ex laudato *Ulpiani titulo* 22. Plin. *lib.* 10. *epist.* 79.

*ad Trajan. Julius Largus rogavit testamento ut hæreditatem suam adirem cerneremque*. Dierum quoque numerus præscribebatur, quibus hæreditas cerneretur: veluti *Titius hæres esto, cernito in diebus proximis centum*. Vide reliqua apud *Ulpian.* loco laudato. Si intra præfinitos dies non crevisset, excludebatur hæreditate. Verum intra dies cretionis, etsi constituisset nolle hæreditatem, poterat poenitere & cernere. Si autem ei datus erat substitutus, & ipse non cerneret & adiret, sed pro hærede gereret, in partem dimidiam cum eo substitutus admittebatur. Hæc Ulpianus hoc loco. Quocirca cretio majorem vim habebat, quam pro hærede gestio: Celebrabatur enim solemniter præsentibus testibus civibus Romanis. *Cic. epist. 46. ad Attic. lib. 13. Ex eo cognovi cretionem Cluvii ( o Vestorium negligentem ) liberam testibus præsentibus sexaginta duobus*. Docti emendant *diebus* ut indicet tempus cretioni præscriptum. Idcirco solemnitas cretionis dicitur & scrupulosa solemnitas in *Cod. Theodos. de matern. bon. & cretione subl.* & in *tit. de cretione & bon. poss.* Quamobrem aditio hæreditatis inter actus legitimos recensetur in *l. actus legitimi* 77. *ff. de R. J.* Aditio autem dicebatur, quia in rem præsentem veniebant, sicut in rei vindicatione: & solemnia verba proferebant: quocirca Lucianus in Gallo παρελθεῖν εἰς τὴν οὐσίαν, *accedere ad substantiam*, & Græci interpretes προσελθεῖν εἰς κληρονομίαν. Hæc fideicommisso quantumvis universali minime conveniunt.

12 Qui hæc omnia, quæ diximus, accurate attenteque consideraverit, de veritate hujus sententiæ, ut arbitror, non dubitabit. Illud postremo admonendum, quod, cum hodie invaluerit consuetudo relinquendi fideicommissa post mortem hæredis, ea sunt conditionalia, *l. hæres meus* 78. §. 1. *ff. de cond. & dem.* adeoque eorum dies non cedit nisi per mortem hæredis, & si fideicommissarius ante hæredem decedat, transmittere non potest, *l. hujusmodi* 13. *in fin. ff. qu. di. leg. ced.*

---

## CAPUT IX.

### *Ad L. in obscuris* 114. *ff. de reg. jur.*

### SUMMARIUM.

I *In obscuris inspicitur, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet.*
II *Ordo, qui servatur in principali obligatione, servatur etiam in accessoria ob verisimilitudinem.*
III *Legato pecuniæ pure vel certo, adjecto unde pecunia depromi possit, verisimile non est legatum restringi, aut minui.*
IV *Demonstratio si afficit ipsum legatum, illud minuit vel extinguit, si vero solutionem, non minuit, neque extinguit.*
V *Alienatio rei legatæ non subvertit legatum, quando non alienatur animo adimendi.*
VI *Stipulans decem sibi & Titio, verisimilius est decem tantum stipulari, & ideo quinque ei debentur.*

IN obscuris inspici solere, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet, ait Paulus in *l. in obscuris ff. de R. J.* Generalis est hæc regula, & patet latissime: sed lubrica est, eique insistere sine casu, & prolapsione vix possumus. Quod enim uni verisimile videtur, id alteri alienum a vero fortasse videbitur. Itaque ut de hoc recte judicemus, adhibenda est norma rationis; naturæque actus, qui geritur; & usque quod fieri plerumque solet, ut ait hic Paulus. Consideranda etiam sunt verba, & conditiones & pacta adjecta. Hæc autem exemplis explicanda. 1

Primum exemplum nobis suppeditat idem Paulus in *l. insulam* 13. *ff. qui pot. in pign. hab.* Insulam tibi vendidi, quam Titio ante locaveram: & convenit inter eos, ut prima pensio a Titio sol- 2

ven-

venda mihi accederet, sequentium annorum tibi ejus insulæ emptori: & jus pignorum a Titio datorum, utrumque sequeretur. Cum pignora utrique non sufficerent; quæsitum fuit, an pignora primum ad me pertinerent, an pro rata ad utrumque communiter. Paulus respondit facti quæstionem esse: sed verisimile esse id actum, ut primam quamque pensionem pignorum causa sequatur. Pactum illud, de prima pensione solvenda venditori, efficit, ut verisimile sit, egisse contrahentes, ut idem ordo, qui servatur in principali obligatione, servandus sit etiam in pignore: videlicet, quod sicut voluerunt venditorem priorem esse in percipienda pensione; ita priorem esse in ea exigenda jure pignoris. Pignus enim datur pro securitate crediti, ut ex ejus venditione possit sibi ipse satisfacere creditor. Igitur si voluerunt, eum percipere pensionem ante emptorem, consequenter voluerunt, ipsum etiam ante emptorem uti jure pignoris ad eam exigendam ac percipiendam, si ab inquilino ipsi soluta non fuerit. Porro casus hic est singularis; videretur enim dicendum, utrique simul, vel in solidum, vel pro parte dimidia pignora esse obligata *l. si debitor* 10. *ff. de pignor.* nec alterum altero potiorem esse. Ut enim creditor sit potior in pignore, necesse est, ut & prius crediderit, & prius pignus acceperit *l. potior* 11. *in princ. ff. qui pot. in pign.*

3 Alterum exemplum proponit Julianus in *l. quidam testamento* 96. *in princ. ff. de legat.* 1. Quidam ita legavit: aureos quadringentos dari volo Pamphilæ, ita ut infra scriptum est; a Julio Actore aureos tot: & in castris, quos habeo tot; & in numerato, quos habeo tot. Testator, antequam moreretur, has summas in alios usus convertit. Quæsitum est an extinctum esset fideicommissum. Videri potest extinctum, & ademptum alienatione rei legatæ, & exactione pecuniæ *l. cum servus* 15. *ff. de adim.* *leg. l. si ex toto* 8. *in princ. ff. de leg.* 1. *l. fideicommissa* 11. *§. ergo* 13. *ff. de leg.* 3. Sed contra respondit JC. in nostra lege. *Respondit: Verosimilius est patremfamilias demonstrare potius heredibus voluisse, unde aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris contrahere possent, quam conditionem fideicommisso injecisse, quod initio pure datum esset.* Ita sane. Cum enim fideicommissum pure reliquerit, adjiciendo postea, unde pecunia depromi possit, credibile non est, eum adjicere voluisse conditionem, & restringere ac minuere legatum, aut ipsum adimere & subvertere. Hoc enim respicit solutionem & executionem legati, non ejus substantiam. Si substantiam legati respiceret & afficeret, utique legatum ipsum minueret aut extingueret: veluti si quis legaverit decem, quæ in arca habet; si enim quinque tantum reperiantur, quinque tantum debentur *l. si servus* 108. *§. qui quinque* 10. *ff. de leg.* 1. vel nihil, si nihil in arca fuerit inventum. Similia exempla in *l. si ita legatum* 65. *in princ.* in *l. si sic legatum* 75. *§. quod si adiderit ff. de leg.* 1. *l. legavi*, *vers. quod si sic*, *ff. de liberat. leg.*

In his legatis demonstratio spectat & afficit ipsum legatum, & falsam conditionem continet, ut ait Ulpianus in *d. l. si sic legatum* 75. *§. quod si*: hoc est, demonstrat rem, quæ non est in rerum natura; adeoque nihil est legatum. Cum vero respicit solutionem, potest quidem variare modum solvendi; ita ut si nequeat fieri solutio eo modo, quo testator eam fieri destinaverat, alio modo fiat; non tamen potest mutare, aut evertere ipsum legatum, ad quod non refertur; manente firma voluntate legandi; tametsi deficiat forma solvendi & exequendi voluntatem a testatore præscripta. Atque ita placuit Imperatori in *l. Paula Gallinico* 27. *§. Julianus D. de leg.* 3. *l. Lucius Titius* 12. *ff. de alim. leg.* Haud aliter evenit in certa 4

ætate legatarii, adjecta legatis. Si adjiciatur ipsi legato, ejusque substantiam & obligationem respiciat, conditionem facit *l. si Titio* 22. *in princ. ff. qu. dies legat. ced.* Quod si adjiciatur solutioni legati, conditionem non facit: veluti, do, lego Severinæ decem, quæ accipere debebit, cum ad legitimum statum pervenerit, *l. ex his penult. C. eod.* Neque enim legitima ætas adjecta est obligationi legati, ut possit eam suspendere in incertum eventum, ut in *l. si Titio*: sed solutioni, adeoque solummodo habet vim prorogandi tempus solutionis, ut in l. *Sejus Saturnius* 46. *in fin. ff. ad SC. Trebell. l. Firmio Heliodoro* 26. §. 1. *ff. qu. di. leg. ced.* Ibi: *nam certam ætatem sorti solvendæ præstitam videri: non pure fideicommisso relicto conditionem insertam.* Idem etiam de loco dicendum est; nam & hic sorti solvendæ præstitutus videtur: non fideicommisso pure relicto inserta conditio.

5 Nec obstat, quod dicebamus de alienatione rei legatæ, quæ solet legatum subvertere. Nam hoc evenit, cum testator rem alienat animo adimendi legati §. *si rem suam* 12. *Instit. tit. de legat. l. scribit* 34. §. *item* 1. *ff. de aur. & arg. leg. l. fideicommissa* 11. §. *si rem* 12. *&* §. *seq. in fin. ff. de leg.* 3. qui animus præsumitur, si nuda voluntate nullaque necessitate alienaverit *l. rem legatam* 18. *ff. de adim. legat.* Hic autem animus adimendi in legato pecuniæ non facile præsumi debet, quia pro re familiari quotidie pecunia indigemus. Sed ne hac quæstione implicemur inconsulte, animadvertendum est, quod testator vere non alienaverit rem legatam: neque enim certum corpus pecuniæ aut aliam rem certam legavit, sed pecuniam in genere, videlicet quadringenta. Genus autem nec alienari, nec perire potest. Quocirca licet interitu rei debitæ debitor liberetur ab obligatione, & casus fortuiti a nullo præstentur *l. contractus* 23. *in fin. ff. de R. J. l. si ex legati* 23. *ff. de V. O.* tamen mutuatarius interitu rei nunquam liberatur §. *item is* 2. *inst. tit. quib. mod. re contr. obl. l.* 1. §. *& ille quidem ff. de obl. & act. l. incendium* 11. *C. si cert. pet.* quia non perit res debita, cum non sit debitor rei, quam accepit, aut alicujus certæ speciei, sed generis *l.* 2. *in princ. ff. de reb. cred. princip. tit. instit. quib. mod. re contr. obl.* Non alia ratione si res æstimatæ in dotem datæ fuerint, etiam illis peremptis maritus manet obligatus *l. plerumque* 10. *ff. de jure dot.* quia pretii debitor est *l. quoties* 5. *C. eod.* pretium autem perire non potest. Hæc ratio, utpote a natura prodita ad omnia pertinet: igitur & ad legata. Cajus in *l. in ratione* 30. §. *incertæ* 5. *ff. ad. leg. Falcid. Si vero argenti pondus pure relictum esset, quamvis omne argentum testatoris deperisset: admissa lege Falcidia, portio ejus quantitatis sumetur, quæ fuit in bonis eo tempore, quo testator decessit: nec ad imminuendam eam, quicquam damna postea accidentia proficient.*

Tertium exemplum proponitur a Ju- 6
liano in *l. eum qui* 56. *in princ. ff. de V. O. Eum, qui ita stipulatur; mihi, & Titio decem; verisimilius est semper una decem sibi & Titio communiter stipulari.* Verisimilius est: Tum quia verba id significant, nam qui decem dicit, una tantum decem demonstrat. *l. si quis testamento* 79. *ff. de leg.* 1. contra si stipularetur: *mihi & Titio dena*, viginti stipulatus videretur *l. ubi fidejussor* 24. *ff. de solut. l. cum duo* 17. *ff. de in diem addict. d. l.* 79. hoc est, decem sibi, alia decem Titio: & quia stipulatio pro Titio non valet §. *si quis alii inst. tit. de inut. stip.* ipsi soli decem deberentur: cum autem stipulatur *sibi & Titio decem*, stipulatio valet solum in quinque, quæ stipulanti debentur: quoniam in persona Titii valere non potest: pro dimidia parte utilis

lis est stipulatio, pro dimidia inutilis *d. §. si quis alii vers. quod si quis inst. tit. de inut. stip. l. si mihi & Titio* 110. *in princ. ff. de V. O. l. per servum* 37. §. *quod unius ff. de acquir. rer. dom.* Tum quia hoc etiam in legatis receptum est, *d. l. eum qui vers. sicut D. de V. O. & d. l.* 79. *ff. de legat.* 1. In hoc autem differt legatum a stipulatione, quod stipulatio, ut modo dixi, valet solum in quinque: legatum autem valet in decem, & utrique quinque debentur, quia legatum in utriusque persona consistit, *l. conjunctim* 80 *ff. de leg.* 3. *l.* 7. *C. eod.* Tum denique quia verisimile semper est, debitorem in id, quod minus est, voluisse se obligare. Eo fit, ut qui bis idem promittit, semel tantum teneatur *l. qui bis* 18. *ff. de V. O.* & qui promittit decem aut quinque, debeat solummodo quinque: & si promittat calendis Januariis aut Februariis, perinde fit ac si calendis Februariis promisisset, *l. ita si* 12. *ff. eod.*

Alia exempla non congero: superfluunt enim hæc ad explicandum, quod proposuimus.

## CAPUT X.

### Ad Eamdem L.

### SUMMARIUM.

I *Verisimilius est actum esse juxta naturam actus, & juxta solitum, quam e contra, etiamsi nihil dictum fuerit.*
II *Quæ sunt de natura actus, veniunt in judiciis stricti juris; quæ vero plerumque fieri solent, in solis judiciis bonæ fidei.*
III *Hæc magis obtinent si verbis fuerint quodammodo indicata, vel obscure significata. Lex supplet, quod est de natura actus.*
IV *Etiam in legatis. Explicatur L. si fundum* 81. §. *qui fundum ff. de leg.* 1.
V *Exponitur L.* 3. *ff. de servit. leg.*
VI *Explicatur L. si quis* 112. *ff. de leg.* 1.
VII *Servitus a pluribus heredibus legata debetur in solidum a singulis.*
VIII *Expenditur L. Julianus* 15. *ff. de hered. instit. & n.* IX.
X *Exponitur L. si ex toto* 8. §. *ult. ff. de leg.* 1.
XI *Res legata, qualis est, debetur.*
XII *Quantitas rei legatæ determinatur ex natura legati & ex verisimilitudine.*

1 Auctarium adjiciam regulæ superiori. Si in obscuris inspicere debemus, quod verisimilius est ex *l. in obscuris* 114. *ff. de R.J.* consequens est, ut etiam ipsam naturam actus, &, quod plerumque fieri solet, inspiciamus. Verisimilius enim est secundum naturam actus & juxta solitum, quam contra, egisse testatorem, & contrahentes. Atque hoc adeo verum est, ut, etiamsi nihil dixerint, tamen id pro cauto fit habendum. De natura mutui est, ut æque bonum reddatur: & ideo etiamsi nihil hac de re convenerit, pro cauto habendum est, *l. cum quid* 3. *ff. de reb. cred.* De natura emptionis est, ut venditor de evictione teneatur: adeoque etiamsi emptor de evictione non caverit sibi, tamen venditor de evictione obligatur, *l. ex empto* 11. §. 1. & 2. *D. de act. empt.* De stipulatione duplæ Ulpianus in *l. quod si nolit* 31. §. *quia assidua* 20. *ff. de ædil. edict. Quia assidua est duplæ stipulatio: idcirco placuit etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat; ea enim, quæ sunt moris & consuetudinis in bonæ fidei judiciis debent venire.* Obser- 2 vandum est discrimen inter ea, quæ sunt de natura actus; & ea quæ a plerisque fieri solent, quæ moris sunt. Illa veniunt etiam in strictis judiciis, ut constat ex *l.* 3. *ff. de reb. cred.* de quo modo diximus. Hæc non veniunt nisi in judiciis bonæ fidei, ut constat ex hac ipsa lege: nam in strictis, quod omissum est, pro omisso habetur, *l. quicquid adstringendæ* 99. *in princ. ff. de V. O.* Verumtamen etiam in his, si plane non fuerit omissum, sed obscure dictum, verba obscura sunt interpretanda secundum ea,



Digitized by Google

quæ a plerisque fieri solent: nostra *l. in obscuris* 114. Solitum in his est norma interpretandæ voluntatis: non ratio inducendæ obligationis:

3 Hæc, si plane omissa fuerint, quæ sunt de natura actus, aut solita fieri. Multo magis hæc obtinere debent, si verbis fuerint quodammodo indicata, vel obscure significata: Supplet enim lex, si quid forte desit; aut detrahit, si quid abundet. In *l.* 1. §. *si autem* 5. *ff. de hæred. inst. Si autem sic scribat*: Lucius hæres: *licet non adjecerit*: esto: *credimus plus nuncupatum, minus scriptum; & si ita*: Lucius esto: *tantumdem dicimus*. Vide reliqua, quæ subsequuntur; sunt enim scitu dignissima. Detrahit etiam, quæ superfluunt, & pro supervacuis habet *l. quæ extrinsecus* 65. *in princ. ff. de V. O.* Exemplum in institutione hæredis proponitur in *d. l.* 1. §. *si ex fundo*. Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione. Quod si duo fuerint in fundo instituti, alter ex parte tertia, alter ex besse ejusdem fundi detracta fundi mentione, quasi sine partibus instituti, ex æquis partibus hæredes erunt, *l. quoties* 9. §. *si duo* 13. *ff. eod. l. si alterius* 10. *ff eod.* In contractibus habemus exemplum in *d. l. quæ extrinsecus* 65. *Arma, virumque cano; spondeo*: detrahitur illud Virgilii hemistychium, & stipulatio valet.

4 In legatis quoque lex supplet id, quod est de natura actus. Exemplum affert Julianus in *l. si fundum* 81. §. *qui fundum ff. de leg.* 1. Testator legavit fundum excepto ædificio: ædificium remanet penes hæredem: Sed quia hæc exceptio hæredi esset inutilis, si non haberet iter & actum ad ædificium: idcirco & iter & actum ei legatarius concedere debet. Diverso tamen jure: nam si nomine ædificii villam testator intellexerit, ipso jure habebit hæres iter & actum ad villam, cujus ipse jure dominus erit. Si vero solam superficiem sine solo, villæ dominus erit legatarius, qui soli dominus est, §. *cum in suo* 29. *inst. tit. de rer. divis. l. qui domum* 50. *ff. ad leg. Aquil. l. qui res suas* 98. *in fin. vers. non est his similis ff. de solut.* Subvenit tamen hæredi Prætor utilibus actionibus, & ipsi constituit servitutem itineris & actus, *l.* 1. *in fin. ff. de superfic.* Quod si legatarius fundum totum vindicaverit, dabit hæredi exceptionem, & coget legatarium hæredi cedere superficiem, & iter & actum ad villam, hac *l. si fundum vers. si de soli.* In fine hujus §. aliud ponit exemplum Julianus. Ædificii nomen ambiguum est: potest significare ædificium cum solo: potest etiam significare solam superficiem. Quærit Julianus an excepto ædificio, superficies, an villa excepta intelligatur? Respondet, inclinandum est testatorem etiam de solo cogitasse, sine quo ædificium stare non potest. En verisimile ductum a natura ædificii.

Sed obstat difficillimus text. in *l.* 3. 5 *ff. de servit. leg.* in qua quatuor diversæ species proponuntur, in quibus non solum a lege non suppletur servitus viæ ad fundum legatum, sed etiamsi a testatore legata fuerit via, legatum est inutile.

Resp. hoc ipso servitutem non deberi, quia fuit legata, & quidem inutiliter propter naturam servitutis individuam, *l. stipulationes non dividuntur* 72. *ff. de V. O.* Testator, qui duos fundos proximos habebat, Sejanum & Titianum, legavit Mævio fundum Sejanum cum via per fundum Titianum: eumdem fundum legavit Titio, sed sine via; utrique per vindicationem. Si uterque vindicet fundum, neutri via debetur: non Titio, quia ei legata non est: non Mævio, quia, cum propter Titii concursum dimidiam tantum partem fundi Sejani consequatur, *l. si pluribus* 33. *ff.*

*ff. de legat.* 1. §. *si eadem* 8. *inst. eod.* non potest viam consequi: non solidam quia solum pro parte fundi dominus est, *l. pro parte* 11. *ff. de servit. l. si unus* 19. *ff. de servitut. rust. præd.* non pro parte; quia cum sit individua, pro parte acquiri non potest, *l. viæ* 17. *ff. de servit. & dd. ll. & nostra, l. si fundum* 3. Quod si deliberante Titio Mævius fundum vindicaverit, & Titius postea repudiaverit, Mævius servitutem solidam consequitur, cum totum fundum obtinuerit etiam ab initio: licet enim dominium partis in suspenso sit, quamdiu deliberat Titius, tamen corepudiante apparet Mævium totius fundi dominum retro fuisse, *l. Titio & Sejo* 34. *cum l. seq. ff. ad leg. Aquil.* Igitur perinde est ac si soli Mævio & fundus & via fuisset legata. Altera species est: Testator Mævio fundum Sejanum sub conditione legavit: viam autem per Titianum pure. Hæres pendente conditione legati: adivit hæreditatem: statim cedit dies legati viæ, quod purum est, *l.* 2. *&* 3. *ff. quando di. leg. ced.* legati autem fundi dies non cedit ante impletam conditionem, *l.* 5. §. *sed si sub conditione ff. eod.* Non potest igitur Mævius acquirere servitutem viæ: non ante existentem conditionem, quia nondum habet fundum, cui debeatur, *l.* 1. *D. comm. præd.* nec post eventum conditionis, cum fundum habere incipit, quia actus defunctorum, quibus non est apposita conditio, suspendi non possunt, *l. ult. in fin. D. eod.* neque enim suspendere debemus actum, quem testator non suspendit vivens, nec potest suspendere post mortem, quo tempore non potest mutare voluntatem, aut aliquid velle, cum nullam habeat amplius voluntatem. Tertia est: fundum Sejanum pro parte legavit Mævio sub conditione: pro reliqua parte pure, simulque viam pure legavit. Hæres adivit hæreditatem pendente conditione. Cessit dies partis pure legatæ, nec non viæ: sed viæ inutiliter, quia fundus pro parte tantum factus est Mævii, *l. pro parte* 11. *D. de servit. l. si unus* 19. *D. de servit. rust. præd.* Quarta: Titius & Sejus fundum communem habebant, ut puta Sejanum. Testator, qui dominus erat fundi Titiani legavit servitutem viæ, vel itineris per fundum Titianum utrique tam Titio, quam Sejo: sed Titio pure, Sejo vero sub conditione. Si pendente conditione dies legati puri cessit, interit viæ legatum: eadem ratione, qua supra. Summa igitur huc pertinet, ut teneamus eum, qui pro indiviso partis dumtaxat est dominus, acquirere non posse servitutem. Nam qui pro indiviso dominus est, in quacumque parte fundi, imo in qualibet gleba dominium habet: non quidem ex toto, sed ex parte, puta dimidia, tertia, quarta: ex reliqua dominus est ejus socius. Nullam igitur certam ac circumscriptam fundi habet aut ædium particulam, quæ tota sit ejus propria, non communis utriusque; scilicet partim propria, partim aliena: alienæ autem rei, nec imponi, nec acquiri servitus potest, *l.* 1. *in fin. l. si cum duas* 8. *D. comm. præd.* idcirco per unum socium communi solo servitus acquiri non potest, licet possit retineri, *l. ut pomum* 8. *in fin. D. de servit. l. proprium* 5. *D. comm. præd. l. pluribus* 140. §. *ult. D. de V. O.*

Sed rursus obstat text. in *l. si quis inquilinos* 112. *in princ. D. de legat.* 1. *Si quis inquilinos sine prædiis, quibus adhærent, legaverit, inutile est legatum, sed an æstimatio debeatur, ex voluntate defuncti statuendum esse Divi Marcus, & Commodus rescripserunt.*

Resp. Imo secundum naturam rei faciendam interpretationem, legatum valere non posse. Cum enim inquilini seu coloni, seu adscriptitii prædiis adhæreant ita, ut ab iis nec a domino qui-

quidem avelli, & sine ipsis prædiis alienari non possint, *l.* 2. *l. quemadmodum* 7. *l. cum satis* 23. *C. de agric. & cens.* consequens est, ut nec legari possint repugnante eorum natura; cum nec cuiquam possunt acquiri, *d. l.* 23. Eadem ratione legari non possunt, ea quæ ædibus juncta sunt: *l. cetera* 41. §. 1. *D. de leg.* 1. nec convalescit legatum, si quando fuerint separata, puta collabente, ac diruto ædificio, §. *seq.* Multo minus igitur potest valere legatum inquilinorum, qui nunquam a fundo separari possunt nec ipsi, nec soboles eorum *dd. ll.* Nec dici potest legatuo inquilinorum trahere ad se ipsum fundum, cui sunt adscripti, & a quo separari non possunt argumento *l. nam quod liquidæ* 4. *in princ. D. de pen. leg.* Etenim potest quidem principale ea, quæ accessionis locum obtinent ad se rapere, *l.* 2. *D. de pecul. l. cum principalis* 178. *D. de R. J. L. Labeo* 17. *D quem. servit. am.* non autem contra accessorium potest ad se trahere principale, cum ipsum sequatur. Extincto & perempto principali perimitur accessoriam, *d. l.* 2. *ff. de pecul. leg. d. l. Labeo*, perempto autem, ac deficiente accessorio, non perimitur nec deficit principale, *l. postquam* 3. *ff. de pact.*

7 Reliqua modo persequamur. Occurrit exemplum a Paulo propositum in *l. ult. ff. de servit. leg.* Si plures sint hæredes, non tenentur singuli in solidum, sed ex lege XII. tab. dividitur inter eos hæreditas, & pro portionibus hæreditariis etiam actiones hæreditatiæ, *l.* 1. *C. fam. ercisc.* item & legata, quæ sunt onera hæreditaria, *l.* 2. *C. de hered. act.* & hæreditariarum actionum locum obtinent, *l. hæreditariarum* 40. *ff. de oblig. & act.* Tamen cum via legata fuit pluribus hæredibus, singuli in solidum tenentur, & conveniuntur *d. l. ult.* Hoc enim exigit natura servitutis, quæ individua est, & partem non recipit, *d. l.* & *l. viæ* 17. *ff. de servit. l.* 2. §. *ex his ff. de V. O.*

In *l. Julianus* 15. *ff. de hæred. inst.* Ulpianus ex Juliano elegantissimum proponit exemplum. Testator ita scripsit: *Titius ex parte dimidia heres esto: Sejus ex parte dimidia: ex qua parte Sejum heredem institui, ex eadem parte Sempronius heres esto.* Dubitari posse ait, utrum in tres semisses dividere voluerit hæreditatem, an vero in unum semissem Sejum, & Sempronium conjungere: ita ut Titius semissem habeat: alterum semissem Sejus & Sempronius; nempe quadrantem singuli. Et hoc verius esse ait. Paulus autem in *l. triplici* 142. *in fin. D. de V. S.* hanc Juliani sententiam referens, verisimili nititur: ibi: *verisimilius esse*. Quid ita? Annon verisimilius est in tres semisses divisisse hæreditatem? An non potest testator in quotcumque partes voluerit, hæreditatem dividere? Sane potest §. *hæreditas cum seqq. inst. tit. de hered. instit. idem quod Sabinus* 17. *per tot. ff. eod. & d. l. Julianus* 15. §. 1. in quo sibi videtur adversari Julianus, nam ibi tertius non habet minorem partem quam institutus: imo majorem. Quid? Cur non dicimus Sempronium hæredem esse non posse, tamquam ex nulla parte institutum, cum expleto jam asse instituatur in parte ipsius assis, quæ jam nulla est, *d. l. item quod Sabinus* § *sed si asse*. Ibi: *si ita scripsisset expleto asse: ex reliqua parte heres esto: quoniam cum nihil reliquum est, ex nulla parte heres institutus est*. Quamobrem ita concludi potest: aut expleto asse in alium asse venire debet Sempronius, *d.* §. *sed si asse in princ.* seu potius in alium semissem, qui ei fuit relictus a testatore, *l. si ita* 47. §. 1. *ff. de hered. instit.* aut si in reliquam partem assis vocatus est, in nulla parte institutus est; cum nulla reliqua pars assis supersit, eo in duas dimidias di-

distributo, atque diviso inter Titium & Sejum. Addo, quod si Sempronio damus tantummodo quadrantem, non erit hæres ex ea parte, ex qua Sejus fuit institutus: cum Sejus fuerit institutus ex parte dimidia, scilicet ex semisse, non ex quadrante.

9 Nihilominus cum hanc sententiam maximi Jurisconsulti Julianus, Ulpianus, Paulus approbarint, non est ambigendum, eam esse verissimam & optima niti ratione. Cum dubitatur de voluntate testatoris, quod verisimilius est, sequi debemus. Verisimilius autem est, testatorem voluisse conjungere Sempronium Sejo in dimidia, quam Sejo reliquerat. Ut ait Paulus in *l. triplici in fin. D. de V. S.* Unde hoc? Nempe quia plerique in duodecim uncias dividunt hæreditatem, quæ Assis appellatur §. *hæreditas 6. inst. de hæred. inst.* Assis autem duos tantummodo semisses continet, non tres. Omne totum, quicquid est, duas tantum dimidias partes habet: ergo & hæreditas. Ipsa igitur hæreditatis natura, quæ communis est omnibus rebus, id exigit, ut expleta sit atque exhausta tota hæreditas, quotiescumque duæ dimidiæ partes fuerint distributæ. Eo fit, ut cum testator Sempronium instituit ex ea parte, ex qua Sejum instituerat, intelligi debeat eum instituere in ea ipsa parte, in ea dimidia, in qua Sejus est institutus. Verba illa: *ex qua parte Sejum institui*, possunt vel indicare, & connotare rem ipsam; scilicet eamdem dimidiam portionem hæreditatis, in qua Sejus est institutus: & tunc Sempronius Sejo conjungitur, quia eadem dimidia utrique relinquitur. Vel possunt indicare quantitatem portionis Sempronio relictæ, videlicet quod testator tantumdem relinquat Sempronio, quantum Sejo: quo admisso ad tertiam dimidiam veniendum esset. Hoc autem repugnat tum naturæ hæreditatis, ut dividatur in tres dimidias partes, tum communi consuetudini. *l. servum 50. §. ult. ff. de hered. inst. §. hæreditas inst. eod.* His ita explicatis concidunt ipsa per se, quæ huic legi adversari videbantur.

Adjiciam alia exempla. In *l. si ex toto 8. §. ult. ff. de leg. 1.* testator ita legavit: lecticarios octo, aut pro his in homines singulos centum, utrum legatarius volet. Quæsitum fuit, utrum posset legatarius partem servorum vindicare, & pro alia parte pecuniam petere. Responsum, non posse. Testator fecit potestatem eligendi de duobus, utrum vellet, servos, an pecuniam. Alterutrum igitur eligere debet, non utrumque. Abhorret id a natura electionis a testatore concessæ. Quid? Quod haberet octo inter se diversas electiones, discrepantes ab electione data a testatore? Posset enim eligere unum servum, & reliquorum pretium: item duos servos, & sex aliorum æstimationem: item tres, & ita de cæteris. Electio igitur non caderet inter servos, & pecuniam, quemadmodum voluit testator: sed inter ipsos servos, ex quibus eligere posset, quemcumque vellet.

Rursus de natura legati est, ut re certa legata hæres talem præstare debeat, qualis est *l. si a substituto 45. §. ult. ff. de leg. 1.* Nam testator, qui rem certam legat, veluti fundum Cornelianum, hominem Stichum, qualiscumque sit, ad legatarium transferri vult, ejusque rei dominium ad legatarium transferre, quale ipse habuit. Itaque si legatus sit fundus, qui servitutem impositam debet, non liberum hæres præstare debet, sed qualis est, nisi testator hoc præceperit: veluti si dixerit: fundum, uti optimus maximusque est *l. servo legato 69. §. si fundus ff. de leg. 1. l. si servus 70. §. nam & si fundus D. eod.* Item non debet præstare noxis solutum esse servum, furem, aut fugitivum non esse *d. l. si servus 70. & l. si legati 56. ff. eod.* Addit Pomponius in 11

in *d. l.* 56. quod etsi legatarius stipuletur, fugitivum eum non esse præstari: *nihil veniet in hanc stipulationem, quia qualis sit, talis ex testamento præstari debet.* Stipulatio enim adjecta legato ejus naturam sequitur, *l.* 1. §. *si quis sub conditione* 14. *ff. ut legat. nom. cav.* maxime cum eadem sit etiam natura stipulationis, *l. quæ de legato* 46. *ff. de legat.* 1. Aliud exemplum in *l. cum pater* 77. §. *evictis* 8. *ff. de leg.* 2.

12 Non solum in eo, quod attinet ad qualitatem rei legatæ, spectanda est ejus natura, & verisimilitudo, de qua modo dicebamus: sed etiam quoad quantitatem legati ejusque partitionem. Exemplis id explico. Qui triginta sola reliquerat, legavit triginta Titio, viginti Mævio, decem Sejo. Non debet ad legatum admitti solus Titius, qui totum patrimonium absorbet, exclusis Mævio & Sejo, quibus nihil reliquum est, quod dari possit. Nam testator, qui eos vocavit ad legatum, utique repelli noluit. Propterea servari debet proportio, quam testator ipse servavit: & Titio quindecim, Mævio decem, Sejo quinque danda: ita enim quilibet habet dimidium ejus, quod testator legavit, & omnes simul conficiunt summam triginta *l. is qui* 80. *ff. de leg.* 1. Item si fundus duobus, uni ususfructus legatus sit: semissem ususfructus unus habet, alterum semissem illi duo, *l. Sempronius* 26. *in fin. ff. de usufr. legato.* Quid ita? quia illi duo conjuncti pro una persona habentur, *l. plane* 34. *in princ. ff. de leg.* 1. *l. un.* §. *hoc ita C. de caduc. toll.* & legato fundi etiam ususfructus continetur, *l. si alii* 19. *D. de usufr. legat.* Tertium exemplum in *l. legatum* 116. §. 1. *D. de leg.* 1. Testator instituit hæredes Titium & Sejum: Titio, & duobus extraneis fundum legavit. Titius a se legatum capere non potest, a cohærede potest, *l. & quidem* 18. *& d. l.* 116. Sejus igitur ex suo semisse legatum præstabit tum Titio, tum extraneis: videlicet tertiam partem Titio, duas tertias extraneis. Tertia autem pars semissis est sextans. Itaque sextantem habebit Titius, dextantem extranei; videlicet trientem a Sejo, semissem a Titio jure accrescendi.

## CAPUT XI.

*Ad L. quoties §. si duo D. de hæredibus instit. & l. cum quæstio 23. C. de leg.*

### SUMMARIUM.

I *Si voluntas disponentis discrepet a natura actus, & sit manifesta, illa potior esse debet.*

II *Expenditur l. quoties §. si duo ff. de hered. inst.*

III *Institutio in re certa valet, detracta rei certæ mentione.*

IV *Institutis duobus, altero in re certa, altero ex parte vel sine parte, ille consideratur tamquam legatarius, hic est hæres in totum, & n. VIII.*

V *Verbum instituendi licet plerumque ad hæredes referatur, tamen complecti potest legata & alias res.*

VI *Institutus in re certa est hæres in totum.*

VII *Duobus institutis in rebus certis, uterque est hæres pro semisse.*

VIII *Duobus institutis altero in re certa, altero in hæreditate ex parte vel sine parte, hic hæres est in totum, alter pro legatario habetur.*

IX *In divisione cujusque rei justa proportio inter partes servatur. Exempla in hæreditate & legatis.*

X *Expenditur l. cum quæstio 23. Cod. de legat. & n. XI. & seqq.*

XI *Distribuere hæreditatem & calculos subducere facile est, & necessarium, ut justitia servetur, & n. XII.*

XIII *Et maxime consentaneum est voluntati testatoris.*

XIV *Qui primo reliquit eidem duodecim uncias, alii autem postea sex, non videtur adimere voluisse sex uncias priori.*

XV *Qui eamdem rem pluribus legat, eos in ea ipsa re conjungit, neque adimit primo, quod secundo dat.*

XVI *L. cum quæstio 13. C. de leg. est lex specia.*

*cialis, & in eo casu, de quo ibi agitur dumtaxat observanda, & n. XVII.*

XVII *Voluntas mutata præsumi potest ex intervallo, in continenti non potest.*

1 UT vim, naturamque superioris regulæ distinctius explicemus, pauca sunt subjicienda. Ac primum discutiendum; si voluntas & sententia testatoris ab ea videatur dissidere: utra sit præferenda. Si voluntas manifesta sit, utique potior esse debet. Nam, quæ sunt de forma, voluntate contrahentium mutari non possunt, quia mutata forma interit substantia rei *l. Julianus 9. § sed si quis ff. ad exhib. l. cum precario 12. ff. de precar. l. insulam 6. D. de præscr. verb.* At vero, quæ sunt de natura actus, voluntate nostra mutari possunt. *l. naturalis 5. § sed si facio 4. D. eod.* pacta enim, quæ contractui adjiciuntur, obtinent perinde ac si naturalia essent contractus *§. adeo 3. in fin. inst. tit. de locat. & cond.* In legatis autem, licet cum pluribus eadem res legata fuit, omnes concurrant, eaque inter eos qui concurrunt dividatur, tamen si manifeste appareat, testatorem voluisse, quod primo legaverat, in secundum transferre, is solus legatum habebit, *l. si pluribus 33. D. de leg. 1.* Contra si appareat, eum voluisse singulis solidum deberi, omnes ad solidum legatum venient, non vero pro virili portione *d. l. 33.* Ibi: *nisi ipse testator ex scriptura manifestissimus est, utrumque eorum solidum accipere voluisse, l. plane 34. §. sed si non corpus D. eod.* Ibi: *si evidentissimis probationibus testatorem multiplicare legatum voluisse, l. un. §. si autem 12. vers. hoc autem C. de cad. toll.* Ibi: *nisi testator apertissime & expressim disposuerit.* Liquet igitur hac in re, ut recedatur a natura contractus, & a solito, requiri evidentissimas probationes. Hoc interest inter legatum rei, corporisque, & legatum quantitatis; quod in hoc sufficiunt evidentissimæ probationes, scilicet evidentes conjecturæ. *d. §. sed si non corpus*: in illo requiritur voluntas expressa testatoris *d. l. 33. & d. l. unic.* Et hujus differentiæ ratio est; *quod eadem res sæpius præstari non potest; eadem summa volente testatore multiplicari potest, d. §. sed si non corpus.*

In hæreditate quoque exemplum ponitur in *l. quoties 9. §. si duo 13. D. de hæred. instit.* Hæreditas a testatore dividi debet: si non dividatur, omnes æqualiter hæredes sunt. *d. l. quoties §. hæredes. 12.* Quidam instituit hæredes Cajum ex parte tertia fundi Corneliani: Sejum ex besse ejusdem fundi. Responsum est, ex æquis partibus hæredes esse: si modo voluntas patris fam. manifestissime non refragatur *d. §. si duo 13.* Est hoc plane singulare. Licet enim hæredes sine partibus instituti ex æquis partibus hæredes sint, *d. §. hæredes 12.* & *§. si plures 6. inst. eod.* tamen hic partes assignatæ fuerunt, Cajo tertia pars, Sejo bes, quod nomen proprie usurpatur in dividenda inter plures hæredes hæreditate *§. hæreditas 5. inst. eod.* Videtur igitur testator satis aperte declarasse voluntatem suam instituendi Cajum in triente, Sejum in besse. Nec simile est, quod proponitur in *l. si alterius 10. & in l. seq. D. eod.* Nam ibi cum pretia fundorum, & insularum sint admodum incerta, ex partibus incertis hæredes videntur instituti; quocirca perinde est, ac si sine partibus fuissent instituti *l. si quis ita 36. D. eod.* sequitur igitur, ut ex æquis partibus instituti censeantur *§ si plures 6. inst. tit. de hæred. inst.* & *d. §. hæredes.* Sed in hac specie cum ejusdem fundi uni triens, alteri bes fuerit assignatus, certa est partium distributio; certæ portiones hæreditatis utrique assignatæ, detracta fundi mentione. Sicut enim si unus dumtaxat in fundo Corneliano fuisset institutus, detracta fundi mentione, in tota hæreditate hæres esset; ita cum duo ex partibus certis instituti fuerunt in eo fundo; detracta fundi mentione, ex iisdem par-

Digitized by Google

partibus hæredes esse debent, perinde ac si testator dixisset: Cajus ex parte tertia, Sejus ex besse hæres esto. Placuit tamen Sabino, Celso & Ulpiano hæredes esse ex æquis partibus: ea, ut puto, ratione, quia testator partitus est fundum, non hæreditatem: ac propterea, cum nulla sit mentio fundi, & a lege detrahatur, necesse est nullam quoque esse adscriptionem partium; & detracta mentione fundi, detrahi etiam mentionem partium quæ fundo cohæret, eique est infixa, *l. cum principalis* 178. *ff. de R. J. l.* 2. *ff. de pecul. leg.* totum enim trahit ad se partem, & id quod sine re aliqua esse non potest, rei illi cedit, eamque sequitur, *l. in rem actio* 23. §. *si quis rei cum seqq. ff. de rei vind.* Cum igitur hæc legis auctoritate nitantur, observanda sunt, nisi voluntas testatoris manifestissime refragetur *d.* §. *si duo.*

3 Ad dilucidam hujus legis explicationem alia duo oportet animadvertere. Primum, quod hic non quæritur, an valeat institutio. Etenim explorati juris est, institutionem in re certa valere, detracta rei certæ mentione, ut traditur in *l.* 1. §. *si ex fundo ff. eod.* & supponitur in hac lege. Ibi: *ut detracta fundi mentione, quasi sine partibus scripti hæredes hæreditate potirentur*: sicut valet institutio, cui adjectus est dies, aut impossibilis conditio: detracto die, & conditione §. *hæres* 9. *cum seq. inst. eod. l. hæreditas* 34. *ff. eod.* solum dubitabatur, an scripti hæredes succedere deberent in partes adscriptas fundo Corneliano; an vero in partes æquales, quasi sine partibus scripti hæredes; & hanc fuisse Sabini, & Celsi sententiam refert: *si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragatur.* Hæc verba manifestissime referuntur ad divisionem hæreditatis inter duos hæredes, non ad validitatem institutionis; ut probant etiam duæ leges sequentes. Qui aliter sentiunt, caligant in luce clarissima.

Alterum est, quod si duo hæredes instituti sunt, alter ex re certa, alter ex parte vel sine parte; qui est institutus ex re certa legatarii loco habetur: alter est hæres in tota hæreditate, & actiones hæreditarias solus potest exercere, solus iisdem conveniri ex Justiniani constitutione in *l. quoties C. de hæred. inst.* Quæ constitutio veteri jure nequaquam adversatur: & maxime congruit naturæ legati & hæreditatis. Non adversatur veteri Jurisprudentiæ: quoniam Papinianus in *l. coheredi* 41. *in fine D. de vulg. & pupil.* ut institutus in re certa sit hæres, requirit non fuisse ei datum coheredem. Ulpianus pariter in *l.* 1. §. *si ex fundo ff. de hered. inst.* proponit eum solum institutum fuisse: quasi aliud juris futurum sit, si ei coheres datus esset. Et perspicue idem Ulpianus in *l. ex facto* 35. *in princ. vers. ita igitur, & in* §. 1. *ff. eod.* ait, quod si unus ex fundo Corneliano, alter ex Liviano hæredes instituti sint, erunt quidem hæredes ex æquis partibus, licet fundi sint inæquales; sed officio judicis unicuique fundus, qui ei relictus est, adjudicabitur, quos fundos vice præceptionis accipient, scilicet jure prælegati. Consentanea est etiam naturæ tum legati, tum hereditatis. Legati, quia testator ex omnibus bonis suis, ex tota hæreditate fundum, aliamve quamlibet certam rem delibat ex sua hæreditate: legatum autem nihil aliud est, quam delibatio hæreditatis, qua testator ex eo, quod universum hæredis foret, alicui quid collatum velit *l. legatum* 116. *in princ. ff. de leg.* 1. Hæreditatis, quia qui instituitur ex parte, vel sine parte, hæres est in tota hæreditate, *l.* 1. *& l. interdum* 13. *ff. de hæred. inst.* ne testator partim testatus partim intestatus decedat, contra *l. jus nostrum* 7. *ff. de R. J.* §. *hæreditas* 5. *inst. eod.* 4

Verumtamen verba repugnare videntur: nam si hæres est institutus in re certa, tum verbum instituendi convenit 5

hæ-

Digitized by Google

hæredi, non legatario: tum nomen hæredis non poteſt legatarium ſignificare. Veriſſima quidem hæc eſſe fateor, tamen cum concurrunt ſimul, & natura rei, & voluntas, his verba cedant neceſſe eſt, ut infra dicemus. Maxime vero cum verba in generali ſignificatione poſſunt quodammodo eo trahi, ducique. Verbum inſtituendi tametſi ad hæredes plerumque in jure noſtro referatur, multo latius patet, & multo plura complectitur: ac ne a teſtamentis recedamus, etiam tutores inſtitui dicuntur Liv. *lib.* 1. *Tutor liberis regis teſtamento inſtitueretur.* Cic. *pro P. Sextio. Te ſororis filius poſthumus adoleſcens gravis, ſenili judicio notavit, cum in magno numero tutorem liberis non inſtituit. Id.* ep. fam. lib. 13. epiſt. 61. *Quod quidem ille teſtamento declaravit, qui me tum tutorem, tum etiam ſecundum hæredem inſtituerit.* Hæredis quoque nomen etiam legatarium aliquando comprehendit. *l. in conventionibus* 219. *ff.* de *V. S.* Ibi: *Jus heredum ad legatarium quoque transferri potuit. l. in tempore* 14. §. *ult. ff.* de *uſucap.* Ibi: *legatarius quodammodo quaſi hæres eſt.* In *l.* duodecim tabul. *uti legaverit rei ſuæ, ita jus eſto:* legandi verbum & hæreditates, & legata, & libertates, & tutelas comprehendit *l. verbis legis* 120. *ff.* de *V. S.* Affines igitur ſunt hæredibus legatarii; & in re ipſa nullum aliud eſt diſcrimen, quam quod hæres eſt ſucceſſor juris univerſi, legatarius rei particularis. Imo legatarius aliquando ſucceſſor eſt juris univerſi; poteſt enim legari etiam pars hæreditatis, licet non in omnibus loco hæredis ſit *l. mulier.* 22. *in fin. ff. ad SC. Trebell. l. cum ex filio* 39. *in princ. D. de vulg. & pupil.*

Summa rerum hæc eſt. Aut inſtituitur unus tantum hæres, iſque in re certa, veluti in fundo, aut duo, ſinguli pariter in rebus certis: aut duo, alter in certa, alter in hæreditate. Primo caſu certum eſt, eum hæredem eſſe in tota hæreditate *l.* 1. §. *ſi in fundo D. de hered. inſt l. cohæred* 41. *in fin. D. de vulg.* Idque etiam ſi teſtator juſſiſſet ipſum ea re contentum eſſe, ut in *l. quoties C. de hæred. inſt.* Nemo enim facere poteſt, & cavere, ne leges in teſtamento ſuo locum habeant *l. nemo poteſt.* 55. *D. de leg.* 1. adeoque ut decedat partim teſtatus partim inteſtatus contra *l. jus noſtrum* 7. *D. de R. J.* §. *hæreditas inſt. de hæred. inſt.* Optimus text. in *l. pen.* §. *filiusfam. D. de caſtr. pecul.* Ibi: *quod jus non habuerit, non magis quam ſine obſervatione legum facere teſtamentum: neceſſario ergo caſtrenſis peculii hæres ſcriptus univerſa bona habebit.* Ergo etiam miles, qui non eſt in expeditione, quamvis teſtari poſſit de caſtrenſi peculio, tametſi fuerit filius fam. *princ. tit. inſt. de milit. teſtam.* tamen ſi teſtatus fuerit ſolum de caſtrenſibus bonis, non de paternis, in quibus ſucceſſit ignorans, hæres *neceſſario* habebit univerſa bona *Neceſſario*: ſcilicet quocumque modo, ſive velit, ſive nolit, adeo, ut aliter fieri non poſſit §. 1. *inſt. tit. de hered. qualitate, & differentia, l. impenſæ* 79. *l. munus* 214. *D. de verb. sign.* Cujac. *inſt. lib.* 2. *tit.* 3. §. 6. Cic. *lib.* 1. *de invent. Neceſſario demonſtrantur ea, quæ aliter ac dicuntur, nec fieri, nec probari poſſunt.* Clarius. Teſtator non magis efficere poteſt, ut pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus decedat, *quam ſine obſervatione legatum facere teſtamentum.* Atqui certum eſt, eum ſine obſervatione legum facere non poſſe teſtamentum, *l. teſtandi* 13. *C. de teſtam. l. nemo poteſt* 55. *D. de leg.* 1. nihil hoc evidentius. Poteſt ne quis cavere, ut, quem inſtituit in teſtamento, ſit hæres ad diem vel ex die? Profecto non poteſt. Detrahitur a lege diei, vel temporis virium, quo ſublato remanet pura inſtitutio, *l. hæreditas* 34. *D. de hæred. inſt.* Detrahitur pariter mentio rei certæ, *l.* 1. §. *ſi ex fundo l. quoties* §. *ſi duo D. eod.* Utrum-

que

que autem, tam certum tempus, quam certa res, eadem omnino de causa detrahitur: quia repugnat naturæ hæreditatis: qui decederet pro parte testatus, pro parte intestatus, pro aliquo tempore testatus, pro reliquo intestatus: in re certa testatus, in reliquis intestatus. Idem igitur utrobique jus esse debet.

7 Secundo casu tribus modis institui potest. Cajus ex parte tertia fundi Tusculani, Sejus ex besse hæredes sunto, ut in *l. quoties* §. *si duo D. de hæred. inst.* vel in diversis rebus, ut: Cajus ex fundo Tusculano: Sejus ex Liviano hæredes sunto: vel; Sejus ex illa insula: ut in *l. si alterius* 10. *cum seq. D. eod.* vel in pluribus rebus simul junctis; veluti: Cajus rerum provincialium hæres esto, Sejus rerum Italicarum, ut in *l. ex facto* 35. *D. eod.* Quocumque modo facta fuerit institutio, uterque erit hæres pro semisse, cum uterque sine parte scriptus sit, laudatis *ll.* scilicet non ex parte quota, veluti tertia, dimidia, & simili; sed ex certis ac definitis rebus, quæ nullam certam partem hæreditatis, hoc est, juris universi portionem constituunt, *d. l.* 10. Cæterum ad officium judicis pertinet cuique rem ipsi relictam attribuere, quam prælegati loco obtinebit, ejusque Falcidiam solvere cogetur. Quantum autem ad æs alienum, uterque pro semisse, ex quo hæres est, tenebitur. Hæc perspicue atque distincte in laudata *l. ex facto* 35.

8 Tertio casu, cum uni res certa; alteri hæreditas, vel ex parte, vel sine parte relicta est: hic vere hæres est, & tenetur æs alienum persolvere: primus legatarii loco habetur, ut in superiore casu diximus, *l. quoties C. de hæred. instit.* & titulo tenus hæres est; hactenus ut a querela inofficiosi testamenti removeatur; si quidem jure novissimo ad eam excludendam titulus institutionis est necessarius *Novell.* 115. *c.* 3. quo titulo jure veteri opus non erat §. *igitur inst. tit. de inoff. testam. l. Papinianus* 8. § *si quis mortis ff. eod. l. omnimodo* 30. *l. si quis* 33. *l. si quando* 35. §. *& generaliter authent. novissima C. eod.* Hos casus summatim ac breviter distinximus, quia nonnulli hos confundentes in multas salebras inciderunt.

9 Aliud exemplum explicato multo difficilius nobis exhibet Justinianus in *l. cum quæstio* 23. *C. de legat.* Naturalis ratio dividendæ cujusque rei est, ut in divisione servetur inter partes justa proportio. Propterea hæc omnino servatur a lege in divisione hæreditatis, legati, fideicommissi. Finge: pater filiam jam natam hæredem instituit: & posthumum, si nasceretur, ex parte dimidia, & quarta, hoc est, ex novem unciis. Dividenda est hæreditas in septem partes nato posthumo: quatuor filiæ, tres posthumo tribuendæ. *Filiæ* enim *totus as, posthumo dodrans datus est: ut quarta portione amplius filia quam posthumus ferre debeat.* Ita Africanus in *l. si ita scriptum* 47. §. 1. *ff. de hæred. inst.* Eadem est proportio assis ad dodrantem: hoc 12. ad 9. quæ 4. ad 3. Rursus finge: qui sola triginta reliquerat, Titio triginta legavit: Sejo viginti: Mævio decem. Respondit IC. quod Titio quindecim, Sejo decem, Mævio quinque deberentur. Sunt enim proportionales hi tres numeri 30. 20. 10. his tribus 15. 10. 5. & singuli habent dimidium ejus, quod ipsis fuit legatum. Iulianus in *l. si ita scriptum* 13. *in princ. ff. de lib. & posth. Si ita scriptum sit, si filius mihi natus fuerit, ex besse hæres esto: ex reliqua parte uxor mea hæres esto. Si vero filia mihi nata fuerit, ex triente hæres esto: ex reliqua parte uxor hæres esto: & filius, & filia nati essent: dicendum est, assem distribuendum in septem partes, ut ex his filius quatuor, uxor duas, filia unam partem habeat. Ita enim secundum voluntatem testatoris filius*

*filius altero tanto amplius habuit, quam uxor: item uxor altero tanto amplius, quam filia*. Scite profecto rem expedivit Julianus secundum voluntatem testatoris, qui proportionem duplam servari voluit tam inter filium & uxorem, quam inter uxorem & filiam. Finge rursus: Primum ex semisse, secundum ex semisse quis heredes instituit: & , si primus hæres non erit, tertium ex dodrante substituit. Si primus hæres non sit, quindecim partes faciendæ, quarum novem habebit tertius: sex alias secundus: ac tertius quidem sex ex substitutione primi, tres ex institutione; est enim simul & substitutus, & institutus, *l. Julianus* 15. §. *ult. cum l. seq. ff. hæred. inst.* Posset etiam hæreditas dividi in quinque partes, ut duas ferat secundus, tres tertius; scilicet duas tanquam substitutus: reliquam ut institutus: vel in decem, ut cuique libuerit, eadem semper servata proportione. Sed Julianus voluit conservare portiones assignatas a testatore. Nam aliter Papinianus in *l. qui non militabat* 78. §. 1. *ff. de leg.* 1, Testator instituit Titium ex duabus partibus, & Mævium ex quadrante. Si divisioni assis adstringeremur, Titio dodrans, Mævio quadrans dari deberet. Sed quia testator pro arbitrio dividere potest hæreditatem; JC. assem redigit ad dodrantem: licet enim testator duas partes Titii non definiverit, tamen satis definitas intelligit ex quadrante relicto Mævio, quo indicatur etiam partes Titio relictas esse quadrantes: itaque duo quadrantes, hoc est, semis ad Titium, quadrans ad Mævium defertur. Ulpianus quoque in *l. item quod Sabinus* 17. §. *ult. ff. de hæred. inst. Quod si quis dupondium distribuit, & tertium sine parte instituit, hic non in alium assem, sed in trientem venit*. Tressem revocat ad assem, & quia tertius sine parte institutus divisa in tres asses hæreditate ad tertium assem vocatus erat, hoc est, ad tertiam partem hæreditatis, venit in trientem assis primi; non in alium assem, nempe in secundum, ut in §. *anteced.* quo casu semissem haberet. Habet igitur trientem, qui est tertia pars assis, sicut tertius assis est tertia pars tressis. Sic igitur servatur justa proportio præscripta tacite a testatore. Hermogenianus in *l. ex unciis* 87. *ff. eod. Ex unciis sex primo herede instituto; secundo ex octo: si tertius ex residua parte, vel nulla partis mentione facta heres instituatur: quinque uncias hereditatis tertius habebit: in viginti quatuor etenim partes hereditate distributa, tertio ratio calculi, veluti ex decem partibus instituto, quinque uncias assignavit*. Ita sane; As est dimidium dupondii: ergo, qui habet decem uncias dupondii, habet quinque uncias assis: & qui octo dupondii, quatuor tantum assis, & qui sex dupondii, tres solum assis. In superiore igitur institutione, primo quadrans, secundo triens, tertio dandus quincunx, quæ simul assem conficiunt: sunt enim in eadem proportione 3. 4. 5. & 6. 8. 10. Has igitur partes assignavit ratio calculi, quam sequitur etiam Justinianus in §. *videamus* 7. *inst. tit. de hæred. inst.* in quo explicando caligat Hotomannus, & nodum in scirpo quærit. Pessime interpretatur, *d.* §. pessime absurdeque emendat, *l.* 17. *in fin. ff. eod.* Verissimum est, quod expleto dupondio fit transitus ad tripondium: seu, ut rectius dicam, ad tressem. Verissimum, quod expleto dupondio sine parte institutus aufert trientem hæreditatis, quia As est tertia pars trium assium in quos testator divisit hæreditatem. Potest eam testator in quotcumque voluerit uncias dividere, §. *hæreditas* 5. *in fin. inst. eod.* divisit in uncias 36. distribuit tantum 24. reliquæ sunt 12. dandæ instituto sine parte. 12. sunt tertia pars 36. in quas divisa est tota hæreditas, ergo institutus

tus sine parte debet habere tertiam partem hæreditatis, hoc est, trientem unius assis, hæreditate ad assem revocata. Non intelligit vir summus, cur is, qui expleto asse instituitur sine parte, veniat in semissem, hic autem in trientem. Qui hoc non intelligit, nec arithmeticam, nec geometricam rationem intelligit; nec id, quod omnes intelligunt. Ille habet 12. uncias ex 24. hoc est, dimidium dupondii, seu hæreditatis, quæ constat dupondio. Hic habet 12. uncias ex 36. quibus constat tota hæreditas, adeoque tertiam partem hæreditatis, seu trientem assis. Uncia assis, æquat duas uncias dupondii: tres autem, tripondii: ac propterea duodecim unciæ dupondii, efficiunt semissem: duodecim unciæ tripondii, efficiunt trientem, si ad assem revocentur. Sunt hæc clarissima, sed quandoque bonus dormitat Homerus. Hæc notare oportebat, ne tanti viri auctoritas insciencibus imponat. Non erravit igitur Hermogenianus, nec Justinianus, nec ulla opus est emendatione. Revertamur modo ad Ulpianum: hic in *l. interdum* 13. §. *sed si excesserit ff. eod. Sed si excesserit in divisione duodecim uncias, æque pro rata decrescet: ut puta, me ex duodecim unciis, hæredem te ex sex scripsit: ego hæreditatis habeo bessem: tu trientem.* Nimirum eadem est proportio 8. ad 4. quæ 12. ad 6. Ulpianum sequitur Justinianus in §. *videamus* 7. *inst. eod. si plures hæredes scripti in portionibus sint, tacite singulis decrescere: ut si* (verbi gratia) *quatuor ex tertiis partibus hæredes scripti sint: perinde habeatur, ut si unusquisque ex quarta parte heres scriptus fuisset.* Hæc igitur ratio computandæ, distribuendæque hæreditatis omnium jurisconsultorum consensu, necnon ipsius Justiniani approbatione fuit confirmata. Nec alia potest inveniri, nisi prava atque perversa, & contraria naturali rationi ac geometricis demonstrationibus.

Hanc tamen certissimam rationem perturbavit Justinianus *l. cum quæstio* 23. *C. de legat.* ubi statuit, quod si quis alicui reliquerit totam hæreditatem, & alteri postea ejus dimidiam, uterque habet semissem hæreditatis: & si quis uni totam, alteri tertiam partem reliquerit, ille ferat octo uncias: hic quatuor. Sane videtur iniquum, eum, cui duplum relictum est, nihilo plus consequi, quam is, cui relictum est simplum, & fit totum æquale dimidio. Et hoc statuit tam in hæreditatibus, quam in legatis & fideicommissis. Tria autem affert, quæ ipsum impulerunt ad adeundam hujusmodi constitutionem. Primum, ut sopiret veterum dubitationem quæstionemque. Alterum, ut tolleret multas computationes superfluas, quæ introducebantur multis ratiocinationibus dignas & contrarias menti testatoris. Tertium, ut voluntatem testatoris impleret, cujus vestigia non aliter nisi per hujusmodi viam sunt æstimanda. Quod attinet ad primum, satis copiose hactenus demonstravimus, omnes veteres jurisconsultos in computandis partibus hæreditatis, easque ad assem revocandis convenisse: Aristonem, Cascellium, Trebatium, Labeonem, Sabinum, Papinianum, Paulum, Virellium, Ulpianum, Hermogenianum, & ipsum Justinianum in §. *si plures*, & in §. *seq. inst. tit. de hæred. instit.* ubi non recedit a sententia & computatione veterum, nec ullam, ut solet, inter eos autumat fuisse controversiam.

Quod attinet ad secundum, hæreditatem distribuere, & calculos subducere tam in proclivi, quam imber est, quando pluit. Nam aut distributio partium assem commetitur, & facillime ad assem revocatur: aut nulla est mensura communis; cujus modi sunt quantitates, quas geometræ incommensurabiles appellant, & tunc dividitur hæreditas in partes & uncias, quas testator adscripsit: & hoc nullam ratiocinationem, nullam omnino computationem requirit. Exemplis hæc ex- XI

Digitized by Google

explico. Testator primo reliquit totum assem, seu duodecim uncias: secundo semissem, seu sex uncias, ut in hac lege proponit Imperator. Facillime hæc distributio ad assem revocatur, quemadmodum fecit Ulpianus in laudata *l. interdum §. sed si excesserit*: primus habet hæreditatis bessem, secundus trientem: ut modo exposuimus. Pone rursus distributiones, quas proponit idem Justinianus in *d. §. videamus*. Quidam tres instituit ex quartis partibus: hæ non conficiunt assem; vacat quarta pars, vacant tres unciæ: adjicitur unicuique una, & perinde habetur, ac si ex tertiis partibus fuissent instituti: quadrans convertitur in trientem, ut compleatur integer assis. Rursus quidam quatuor hæredes instituit ex tertiis partibus: ex triente: ex quatuor unciis. Supersunt hic quatuor unciæ: detrahe unam singulis, remanebit quadrans, & perinde erit, ac si unusquisque fuisset ex quadrante institutus, & erit expletus assis: quatuor enim quadrantes assem conficiunt. Non fuit, opinor, Iustiniano difficilis hæc computatio, quæ nec pueros quidem latet. Secundum exemplum in hac lege propositum est, cum testator uni totam relinquit hæreditatem: alteri tertiam partem: vel quod idem est, uni duodecim, alteri quatuor uncias. Hanc distributionem ad assem redigere tam facile est, quam quod maxime.

12 Si vero nulla sit mensura communis, ita ut ad assem revocari non possit, dividitur in tot partes, in quot eam divisit testator. In *l. si ita scriptum 47. §. 1. ff. de hæred. instit.* duodecim uncias filiæ, novem posthumo, si nasceretur, pater reliquerat. Duodecim partes filiæ, novem posthumo tribuuntur; seu, quod eodem recidit, ut facilior sit divisio, in septem partes dividitur hæreditas, quatuor filiæ, tres posthumo tribuuntur; utraque enim quantitas est sub tripla quantitatis a testatore designatæ, ut supra fusius exposuimus. Eadem ratione si uni duodecim, alteri tres uncias reliquerit: quindecim partes erunt faciendæ; illi duodecim, huic tres tribuendæ; vel quod est expeditissimum, quinque partes fieri poterunt, & uni quatuor, alteri una dari: sunt enim hi minimi numeri in eadem proportione *l. si ita scriptum 13. ff. de lib. & post.* & alias ejuscemodi leges supra explanavimus, in quibus explicandis mehercle arithmeticæ, aut geometriæ medullam non exsudavimus. Quæ sunt istæ tam multæ computationes multis ratiocinationibus dignæ, superfluæ & menti testatoris contrariæ? Superfluæ profecto non sunt: imo vero necessariæ. Nam cum nemo possit decedere pro parte testatus, pro parte intestatus *l. jus nostrum 7. ff. de reg. jur.* si testator non disponat de tota hæreditate, pars vacans non potest deferri hæredibus ab intestato: necesse est igitur, ut accrescat hæredibus institutis. Contra si excedat assem hæreditarium, necesse est pars superfluens pro rata detrahatur ab hæredibus institutis, & singulis tacite decrescat. Atque hanc necessitatem fatetur ipse Iustinianus in *§. hæreditas & in §. videamus inst. tit. de hæred. inst.* Hæc autem adjectio atque detractio, sine computatione & ratiocinatione fieri non potest. Est igitur hæc omnino necessaria.

Multo minus dici potest contraria vo- 13
luntati testatoris, cui est maxime consentanea. Ita se rem habere pro certo affirmat Julianus in *l. si ita scriptum 13. in principio ff. de liber. & post.* Ibi: *ita enim secundum voluntatem testatoris, filius altero tanto amplius habebit &c.* Et contrariam esse non posse evidentissimum est. Nam Jurisconsulti eas partes singulis tribuunt, quas ipsis ratio calculi assignat, ut ait Hermogenianus in *l. ex unciis 87. in fin. ff. de hæred. instit.* Ratione autem calculi nihil evidentius. Nititur enim firmissimis atque evidentissimis arithmeticæ & geometriæ demonstrationibus, quæ nos in

in errorem inducere, & falsa aliqua opinione animos imbuere, verique specie decipere non possunt. Recte Cic. *Acad. Quæst.* 4. *Geometræ provideant, qui se profitentur non persuadere, sed cogere*, *lib.* 5. *de fin. bon.* Cogunt certe, & *si prima dederis, danda sunt omnia*: ut alibi idem ait. Nostri Jurisconsulti tales fuerunt, ut in universum de Romanis Cicero testatur initio *lib.* 1. *Tusc. quæst.* *In summo apud illos honore* (Græcos scilicet) *geometria fuit: itaque nihil mathematicis illustrius. At nos metiendi, ratiocinandique utilitate hujus artis terminavimus modum.* Enimvero quæ de dividenda hæreditate legatisve tradiderunt, omnia probari possunt mathematicis demonstrationibus, quæ non persuadent, sed cogunt. Aut igitur dicendum, eos in voluntate testantium interpretanda turpiter errasse: aut secundum voluntatem testatorum respondisse. Sed ineptum est, de se tam aperta pluribus disputare.

14 Superest tertium, quod nititur voluntate testatoris. *Cum enim manifestum est, eum, qui ab initio duodecim uncias rei cuidam reliquit, alii autem postea sex, recessisse quidem a priore voluntate, voluisse autem minui eam sex unciis, quas alii obtulit.* Si hoc manifestum est, totum jus accrescendi, & discrimen inter conjunctos & disjunctos evertitur: falsum etiam erit, quod inter eos concursu partes fiant. Miror, veteres hoc non vidisse, si manifestum est. Certe hoc ignoravit Ulpianus, qui in *l. interdum* §. *sed si excesserit ff. de hæred. instit.* in exemplo allato ait: *ego hæreditatis habeo bessem, tu trientem*: ignorarunt & alii omnes, de quibus supra. Quid si reliquerit primo duodecim uncias: alteri pariter duodecim uncias: Erit adempta hæreditas primo, & in alterum translata: nam si relictis alteri sex unciis, minuitur in sex unciis portio primi; hoc casu minuetur in totis duodecim, & tota hæreditas a primo auferetur. Tollitur igitur regula de transitu ad dupondium tradita in *l. item* 17. *ff. de hæred. instit.* & ab ipso Justiniano, §. *si plures* 8. *eod.* Tollitur Regula a Paulo tradita libro tertio regularum, relata in *l. si pluribus* 33 *ff. de leg.* 1. *Quod si separatim, siquidem apparuerit evidentissime ademptione a priore legatario facta ad secundum &c.* Non transfertur ad secundum, nisi evidentissime appareat priori ademptum fuisse. Tollitur regula, quod hæreditas non facile adimi potest, tradita in *l.* 1. §. *sed* 3. *ff. de his, quæ in test. del.* Tollitur regula, quod mutatio voluntatis non præsumitur, *l. Lucius Titius* 22. *in fin. ff. de legat.* 2. *l. si quis* 22. *in princ. vers. sed hoc ita ff. de leg.* 3. *l. Paula* 27. *eod. l. legatorum* 33. *ff. de legat.* 2. Tollitur denique ratio naturalis, quæ dictat, servandam esse proportionem inter vocatos ad eamdem rem, de qua supra admodum copiose.

At enim testator minuit hæreditatem 15
vel legatum in tot unciis, quot alteri tribuit: quod enim illis dat, huic adimit: Falsum. Qui rem eamdem pluribus legat, eos conjungit in eadem re legata; quæ, si omnes concurrant, inter eos scinditur pro rata portione, §. *si eadem* 8. *inst. tit. de legat. l. si pluribus* 33. *ff. de leg.* 1. *l. interdum* 13. §. 2. *& seqq. ff. de hæred. inst.* Alioqui si adimeret primo, quod secundo dat: secundo deficiente, primus non posset consequi, quod ei ademptum est, & in secundum translatum: & cessaret, & tolleretur in legatis jus accrescendi, *l. plane* 34. *in princ. ff. de leg.* 1. *l. quod si* 7. *cum seq. ff. de adim. leg.* Hoc autem, quod voluerit testator a primo legatum, aut partem legati adimere, & in secundum transferre, evidentissime probari debet, *d. l. si pluribus* 33. etiamsi verba conveniant, ut de hæreditate respondit JC. in *l. Julianus* 15. *princ. ff. de hær. inst.* quam supra late exposuimus.



Digitized by Google

16 Hæc non eo dixi, ut legislatorem reprehenderem, sed ut ostenderem, hanc strictissime esse intelligendam, ne decipiamur in ejus interpretatione & omnes juris regulas subvertamus. Est igitur lex specialis, & observanda dumtaxat in eo casu, de quo agit Justinianus. Primum; cum testator primum hæredem instituit in tota hæreditate, alterum vero in aliqua portione hæreditatis: vel uni legat totum fundum, alteri ejusdem fundi portionem. Hæc enim est quæstio, quæ in ea lege proponitur atque deciditur. Si primo partem, secundo totum relinquat, ad hunc casum decisio non pertinet: solummodo enim statuit Imp. cum testator *ab initio duodecim uncias rei cuidam reliquit; alii autem postea sex*. Nec potest illum tacite comprehendere, aut ad eum extendi: repugnant enim illa verba: *manifestum est, voluisse eam minui sex unciis, cum alii eas obtulit*. Hæc ratio, quæ movit Imperatorem, deficit hoc casu: quia sex detracta minuunt duodecim, at vero duodecim non possunt a sex detrahi. In toto enim pars continetur, non totum in parte, *l. in toto* 113. *ff. de R. J.* siquidem totum est majus sua parte, ut natura ipsa nos docet. Item si primo non relinquat totum, sed in plures distribuat, & post expletum assem alteri partem relinquat, non erit observanda hæc constitutio: tum quia hunc casum non comprehendit: tum quia nec poterit res expediri, nisi recurramus ad proportionem, quam veteres observarunt. Finge: primo dodrans, secundo quadrans relictus est: postea relinquit alteri semissem: si ab utroque æque detrahimus tres uncias, secundo nihil reliquum supererit, & omnino excludetur, quod est absurdum, cum ipse quoque sit vocatus ad partem. Dividenda igitur res erit in sex partes: & dandæ tres primo, una secundo, duæ tertio; vel in duodecim, retento asse, dando sex uncias primo, duas secundo, quatuor tertio secundum veteres.

17 Præterea & illud requiritur, ut primo assem relinquat, & ex intervallo semissem alteri: quod indicat Imperator illis verbis *ab initio* duodecim uncias: *postea* sex; illa verba: *ab initio*, *& postea* demonstrant testatorem non uno contextu & continuatione sermonis id utrique reliquisse. Confirmat id ratio ab eo addita: *manifestum est recessisse a priore voluntate*. Quid absurdius, si continuo post primum, secundo reliquit? Testator ita scripsit: Cajo duodecim uncias, Sejo sex uncias. Manifestumne est, eum recessisse a priore voluntate? Ne id quidem præsumere sani hominis est; cum sit unica voluntas unica oratione expressa. Ex intervallo quidem præsumi potest mutata voluntas, in continenti non potest, *l. non ad ea* 88. *verf. quod si pure ff. de cond. & dem. l. Lucius* 22. *in fin. ff. de leg.* 2. *ibi nisi hæres ab hoc decessisse testatorem ostenderit*, nisi hoc specialiter dixerit *l. si quis* 22. *ff. de leg.* 4. aut se in continenti correxit, ut in *l. si ita scriptum* 47. *in princ. ff. de hæred. inst.* & in *l. sicut adimi* 5. *ff. de adim. leg.* Illud etiam observandum, quod nec ex intervallo facile præsumitur mutata voluntas, ut in laudatis *ll.* & aliis supra adductis.

---

## CAPUT XII.

### *Ad L. cum precario* 12. *ff. de precar. & alias.*

### SUMMARIUM.

I *Proponitur quæstio*,
II *In contractibus tria considerari possunt, substantia, natura, accidentia.*
III *Natura rerum differt a substantia & num.* IV.
V *Quæ ex juris dispositione propria sunt cujusque actus, ea sunt naturalia: quæ adjiciuntur arbitrio agentium, accidentalia:*
VI *Si quid actum fuerit contra substantiam*, aut

Digitized by Google

*a⸱t non valet, aut in alium contractum convertitur.*

VII *Si abſoluta fuerit ſubſtantia alterius contractus, quam ejus, qui initi voluerat, in illum transformatur.*

VIII *Explicatur textus noſter, & num. IX. X. XI.*

IX *Precarium elapſo tempore eidem adjecto finitur.*

X *Precarium a domino repeti poteſt etiam nondum elapſo tempore, ad quod conceſſum fuit, quia poteſt mutare voluntatem.*

XI *Precarium non poteſt converti in commodatum, a quo differt toto genere.*

XII *Id quod actum eſt, prævalet, cum actum fuit de aliqua proprietate, quam lex vel conſuetudo tribuit actui ratione tantum vel æquitate ſuadente, & n.* XIII. XIV.

XV *Natura actus prævalet, cum actum omnino eſt inutile, vel cum in alium transformatur. Primum accidit in ultimis voluntatibus.*

XVI *Etiam in contractibus, & num.* XVII. XVIII. XIX. XX. XXI.

XVII *Venditor etſi conveniat evictionem non praſtare, pretium tamen re amiſſa ſemper reſtituere debet, & n.* XVIII.

XXII *Diſpoſitio, quando convertatur in aliam, ſi quid actum fuerit contra ejus naturam. Exemplum in emptione, quæ in locationem convertitur.*

XXIII *Alterum exemplum in ſocietate quam valere jure donationis nonnulli putant, ſed rejiciuntur, & num.* XXV.

XXIV *Expenditur L. cum hic ſtatus 32. §. ſi inter 24. ff. de donat. int. vir. & ux.*

XXVI *Emptio & locatio in donationem transformantur, non item ſocietas, & quare.*

XXVII *Quod actui adjicitur, illum vitiat, ſi ejus fini & cauſæ adverſetur.*

XXVIII *Quod actum eſt contra accidentia contractus, ſemper prævalet.*

XXIX *Natura actus prævalet proprietati verborum.*

XXX *Item alteri regula: verba generaliter ſunt intelligenda.*

XXXI *Item alteri: obſcura verba contra proferentem interpretanda.*

1 ID quod actum fuit ſequi debemus. Ex natura cujuſque actus voluntatem agentium debemus interpretari. Hæ duæ regulæ concurrunt ſæpenumero, & confligunt & colliduntur. Utra ſit potentior, & alteram vincat, accurate a nobis eſt diſputandum: hanc enim quæſtionem vix leviter atque diſperſim interpretes attigerunt. Primum autem explicandum eſt, quid naturæ nomine intelligamus. Doctiſſimus Cujacius, & cum eo eruditiores fere omnes interpretes, naturam cujuslibet actus ſubſtantiam & eſſentiam ejus interpretantur: & cum Papiniano in *l. pacta conventa 72. ff. de contr. empt.* ſtatuunt contractus conſtare ſubſtantia & adminiculis: Subſtantiam autem & natu- 2
ram non eſſe diverſa. Reprehendit etiam veteres, quod in contractibus tria conſiderent; ſubſtantialia, naturalia, accidentalia. Ego contra non auſim illos reprehendere; imo hanc diſtinctionem ad docendum & ad exponendas contractuum proprietates utiliſſimam eſſe arbitror, & a vero non alienam. Quid enim impedit diſciplinæ cauſa, quæ Papinianus vocat *adminicula*, in naturalia & accidentalia diſtinctius dividere, & alia ab aliis ſeparare? Porro in omnibus 3
fere naturalibus rebus præter ſubſtantiam rei natura quoque conſideratur, quæ nihil aliud eſt, quam proprietas, ſeu qualitas ingenita & inſita a natura. Quocirca ſæpiſſime occurrit apud Ciceronem alioſque probatiſſimos auctores natura coeli, terræ, loci, provinciæ, populi, ſtirpium, herbarum: natura etiam virtutum, & vitiorum & ſcientiæ cujuſcumque. Cic. *de Clar. Orat. Naturam habuit admirabilem ad dicendum.* Et in *Orat. lib. 1. Naturam atque ingenium ad dicendum vim afferre maximam.* Scilicet proprietas illa animi apta & ſagax ad bene dicendum. Virgilius de apibus

*Nunc age naturas, apibus quas*
*Jupiter ipſe addidit,*
*Expediam.*

In homine ipſo quis non diſtinguit 4
naturam a ſubſtantia & accidentibus? Subſtantia eſt, eſſe animal rationale. Natura eſt omne id, quod ei a natura eſt inſitum & innatum, quo ab aliis diſtinguitur. Recte Cicero *de Invent. Præterea commoda & incommoda conſiderantur a natura data animo, aut corpori* hoc

*hoc modo: valens, an imbecillus: longus, an brevis: formosus, an deformis: velox, an tardus sit: acutus, an hebetior: memor, an obliviosus: comis, officiosus, prudens, patiens, an contra. Et omnino, quæ a natura data animo, & corpori considerabuntur, in natura considerando sunt.* Quod vero vel a natura obvenit, casuque accidit, vel propria cujusque industria comparatur, accidens est: scilicet dives, an pauper sit: nobilis, an ignobilis: liber, an servus: rudis, an eruditus. Quid est igitur, quamobrem in actibus hominum ad jus pertinentibus, in contractibus, in ultimis voluntatibus eadem hæc consideranda non sint. Enimvero M. Tullius etiam in numerosa oratione naturam considerat, &, cujusmodi ea sit, latissime explicat.

5 Non ignoro, veteres Jurisconsultos etiam substantiam naturam appellasse. Plerumque tamen naturæ nomine indicant qualitatem & proprietatem, quam habet actus insitam, & quasi innatam, & infixam vel a lege, vel consuetudine usuque communi; vel ex se & ratione sui. Quemadmodum in rebus naturalibus natura cujusque constat proprietatibus ingenitis & insitis ab ipsa rerum natura: ita & in actibus legitimis: quæ ex juris dispositione propria sunt, & præcipua & peculiaria cujusque actus, ea sunt naturalia: quæ vero aliunde assumuntur & adjiciuntur arbitrio agentium, accidentalia dici possunt. Porro Paulus in *l. si unus* 27. §. *pactus vers. quod & in specie in fin. ff. de pact.* ait tempus restituendæ doti datum, a lege tribui naturæ dotis: *quoties enim ad jus, quod lex naturæ ejus tribuit, de dote actio rediit &c.* Id. in *l. cum ususfructus* 13. *ff. de usufr. leg. viæ enim servitus una est, quia natura sui habet intermissionem.* Id. in. *l. naturalis* 5. §. *pen. ff. de præscr. verb. & potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere.* Id. in *l. Lucius Titius* 24. *in fin. ff. deposit. Sed contra bonam fidem, & depositi naturam est, usuras ab eo desiderari temporis ante mortem, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit.* Papin. in *l. eamdem* 9. §. 1. *de duob. reis, quia posterior conventio statum & naturam obligationis, quæ duos initio reos fecit, mutare non potest.* Ulpian. in *l.* 5. *in fin. ff. de fidejus. quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut cum altera earum in judicium deduceretur, altera consumeretur.* Pomponius in *l. quoties* 15. §. *ult. ff. de servitut. Servitutem non ea natura est, ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat,* natura, non substantia: nam aliquando & pati, & facere debet, ut in servitute oneris ferendi *l. etsi forte* 6. §. *etiam & l. sicut* 8. §. *distant. si servit. vindic. l. eum debere* 33. *ff. de servit. urban. præd.* Nimirum hæc est natura hujus servitutis: illa aliarum servitutum: quoniam illis hoc tribuit lex; huic vero contra. Itidem natura negotii in *l. ob carmen* 21. §. *ult. ff. de testib.* natura actionis funerariæ in *l. & si* 14. §. idem 13. *ff. de relig. & sumpt. fun.* natura actionis, quod metus causa in *l. sed & partus* 12. *in fin. ff. quod met. caus. Venditio, cujus individua natura l. cum ex causa* 139. *ff. de V. O.* In his, & aliis in legibus naturæ nomen non pro substantia, sed pro qualitate propria, ac peculiari rei vel actus indita a lege, usurpatur.

6 His expositis, ac probe constitutis, apparet, propositam quæstionem in tres partes esse dividendam. Primum docendum, quid juris sit, si quid actum fuerit contra substantiam. Promptum id, & in expedito positum. Substantia utique prævalet ac præponderat: non potest enim ea agentium arbitrio & auctoritate mutari, atque perverti: nam mutata forma prope interimit substantiam *l. Julianus* 9. §. *sed si quis* 3. *ff. ad exhib.* Itaque non valet id, quod actum est. Verumtamen distinguendum est. Aliquan-

do enim non valet contractus, aliquando in alium contractum convertitur & commutatur. Non valet contractus, si non fuerit servata forma a lege præscripta. Puta: id actum fuit inter contrahentes, ut contraheretur stipulatio, sed promissor interroganti non respondit, sed annuit; vel responsio non fuit congrua interrogationi, vel secuta est ex intervallo: nihil valet, quod actum est, adeo ut nec naturalem pariat obligationem, *l. 1. §. 1. & 2. & §. ult. l. ult. l. inter* 83. §. *si stipulante l.continuus* 137. *in princ. ff. de V. O.* §. *præterea* 5. *inst. de inut. stipul.* Vel si pupillus aut minor prædium sine decreto alienaverit, *l. 1. ff. de reb. cor. l. minorum 6. l. si minor* 15. *C. de præd. & al. reb. min.*

7 Si vero non fuerit quidem absoluta substantia contractus, quem destinaverant inire contrahentes, sed substantia alterius contractus; non est omnino inutile, quod actum est, sed in hunc contractum transformatur. Exempla passim occurrunt. Si mutuum accipiens convenerit de eadem specie reddenda; non mutuum contrahet, sed depositum aut commodatum: vel de reddendo alio genere, erit contractus innominatus, *l. 2. in princ. ff. de reb. cred. l. ult. ff. de præscr. verb.* scilicet permutatio, *l. 1. §. 1. ff. de contr. empt. si convenerit ut togam darem, ut pro ea tunicam acciperes, non erit emptio, sed permutatio d. l. 1. §. 1.* Si commodatum contrahere volentes certam mercedem pro usu rei commodatæ statuerint, transformabitur in locationem, §. *item is in fin. inst. tit. quib. mod. re contr. oblig.* vel aliud quiddam loco mercedis, in contractum innominatum, *l. si ut certo* 5 §. *rem tibi* 12. *ff. commod. l. si gratuitam* 17. §. *si cum unum ff. de præscr. verb.* Alia exempla in *l. 1. in fin. ff. mand.* in *l. empti 9. C. de contr. empt. l. si quis* 46. *ff. locat. l. si quis ante* 10. *in princ.* & in §. *ult. ff. de acq. vel omit. possess.*

In precario tamen contra sensit Celsus in *l. cum precario 12. in princ. ff. de precar.* Cum precario aliquid datur, & convenit, ut in Kalendas Julias precario possideat, ait, *nullam vim esse hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat.* Videbatur dicendum, hoc pacto precarium transformari in commodatum: simile est enim precarium commodato *l. 1. §. ult. ff. eod.* In hoc differt, quod in commodato, utendi modus finisque præscribitur *l. si ut certo* 5. §. *quinimo & l. in commodato* 17. §. *sicut ff. commod.* in precario non item *l. 1. in princ. l. 2. §. & naturalem ff. de precar.* In nostro autem casu, cum dies utendi fuerit præscriptus, videtur omnino precarium induere naturam commodati. Nodus admodum implexus, qui non facile potest expediri. Tentandum tamen est. 8

Primum autem vereor, ne non sit contra substantiam precarii pactum hujusmodi. Non obscure hoc indicant Pomponius & Ulpianus. Hic in *l. 4. rebus* 4. §. *ult. ff. de precar.* ait quod, *qui precario ad tempus rogavit, etiam finito tempore videtur precario possidere*: quia dominus, cum patitur finito tempore possidere, intelligitur de novo concedere. Subdit Pomponius in *l. seq.* quod si manente adhuc precario tu in ulterius tempus rogasti, non renovatur precarium, sed in longius tempus profertur: *si vero præterita die rogas, propius est, ut soluta causa precarii non redintegretur, sed nova constituatur.* Iterum Ulpian. in *l. certe 6. in princ.* subjicit, quod *si interim dominus furere cœperit, vel decesserit, precarium non redintegratur.* Ex his colligitur, quod si rogaverit precario ad tempus, & subsistit precarium ipsum, & subsistit etiam pactum adjecti temporis. Etenim finito tempore finitur precarium: & si dominus patiatur precario rogantem ultra 9

tra possidere, de novo precarium concedere intelligitur: primum ergo precarium elapso tempore expiravit. Item si manente adhuc precario in ulterius tempus rogaverit, in illud tempus precarium prorogatur. Ergo rata habetur tam adjectio temporis initio facta, quam subsequens prorogatio. Denique si non redintegratur precarium decedente aut in furorem incidente domino, quia non habet amplius voluntatem; ergo elapso tempore adjecto precarium extinguitur secundum voluntatem & conventionem initam. Subsistit igitur precarium: subsistit & pactum certi temporis ipsi adjectum. Atqui si esset contra substantiam, aut ipsum esset inutile, aut precarium, quod per pactum converteretur in alium contractum, ut supra demonstravimus. Enimvero quo magis nodum conor expedire, eo arctius adstringo. Adversantur enim hæc nostræ legi, in qua Celsus hoc pactum, hanc conventionem nullam esse declarat: ibi: *sed nulla vis est hujus conventionis*. Ac si vim haberet hæc conventio, cur precarium non transformaret in commodatum precario simillimum? *l. 1. §. ult. D. de precario*. Nam etiam pacta contra naturam transformant contractum, cui adjiciuntur, in alium contractum, cujus naturæ congruunt, apteque conveniunt; ut infra exponemus.

10 Non inscite responderi posse arbitror, Celsum non simpliciter affirmare, nullam esse hujusmodi conventionem: sed nullam vim habere: ut liceat rem alienam invito domino possidere. Precarium enim genus est liberalitatis, quod ex jure gentium descendit, *l. 1. §. 1. D. cod.* Ex hac æquitate nascitur interdictum, quod domino dat Prætor ad repetendam rem precario concessam: *& hoc naturalem habet in se æquitatem: namque precarium revocare volenti competit: est enim natura æquum tam diu te liberalitate mea uti, quam diu ego velim, ut possim revocare, cum mutavero voluntatem*, *l. 2. §. 3. ff. cod.* Igitur qui precarium ad Kalendas Julias concessit, ante Kalendas illud repetit hoc interdicto. Recte repetit, quia natura æquum est, te liberalitate mea tamdiu uti, quamdiu ego velim: non vult autem te amplius uti liberalitate sua. At enim convenit, ut liberalitate sua uteretis usque ad Kalendas Julias, ergo saltem adjuvandus est exceptione pacti conventi, *§. temporales 10. inst. de except. l. 3. §. ult. ff. cod.* Profecto non potest adjuvari hac exceptione, quæ abhorret a naturali æquitate, *l. Marcellus 66. ff. de R. J.* Nam si naturali æquitate nititur interdictum, *d. l. 2. §. 2. ff. de precar.* a naturali æquitate abhorret exceptio, quæ opponitur interdicto, & ipsum repellit & excludit, *l. 2. ff. de except.* Neque conventio æquam reddit exceptionem: quia dominus agendo interdicto demonstrat se mutasse voluntatem; quam mutare potest secundum ipsius precarii naturam, *d. l. 2. §. 2.* Ibi: *quam diu ego velim: & ut possim revocare, cum mutavero voluntatem*. Et hoc significat Celsus in nostra *l. 12.* illis verbis: *nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam invito domino possidere liceat*. Quomodo possidet domino invito, si dominus convenit, ut possideret? Convenit quidem, cum rem precario concessit: nunc autem, cum agit interdicto, est omnino invitus, mutata priori voluntate, quam jure potuit mutare, & naturali ratione ab ea recedere. Neque hoc est sine exemplo. De legatis Hermogenianus in *l. si quis in principio 22. D. de legat. 3. Nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat voluntate*. Idem constitutum in donatione causa mortis, *l. ubi ita donatur 27. D. de don. caus. mort.* Huic autem simile est precarium, nam ipsum est quædam species donationis: *distat tamen a donatione* (inter vivos) *eo quod qui donat, sic dat, ne recipiat: qui precario concedit, sic dat, quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere*, in hoc autem conve-



nit

nit cum donatione causa mortis. Igitur summa rerum hæc est. Conventio certi temporis adjecti præcario valet & sustinetur, quamdiu dominus manserit in eadem voluntate: si vero mutaverit voluntatem, & repetat rem precario concessam, expirat conventio, & precarium finitur: si non mutaverit voluntatem, durat usque ad tempus conventum, & elapso tempore finitur juxta conventionem; quia jam ab initio fuit revocatum in hoc articulo temporis, adjecto illo pacto.

11 Non convertitur autem in commodatum, tum quia magis accedit ad donationem & beneficii causam, quam ad negotii contracti, *l. interdictum* 14. *ff. de precar. l. eum qui* 14. §. *is qui* 20. *D. de furt.* & cum utrique similis sit, in neutrum transformatur, in utrumque enim transformari non potest: sequitur igitur, ut maneat actus interjectus & intermedius, & vicinus amborum, participans utriusque naturam, dum quia simile quidem est commodato, quod rem non facit accipiens, *l.* 1. *in fin. ff. de precar.* & quod gratuitum est, sicut commodatum §. *item is cui in fin. inst. tit. quib. mod. re contr. oblig. l. si ut certo* 5. §. *si rem tibi* 12. *ff. commod.* tamen quod ad cætera differt; nam commodatum est contractus, & quidem nominatus, ex quo duplex actio oritur commodati directa & contraria, *d.* §. *item is in princ. l. in commodato* 17. §. 1. *& l. seq.* §. *ult. commod.* precarium non est proprie contractus, *l. interdictum* 14 *D. de precar.* nam nec nominatus est, nec innominatus, ut apparebit, si quatuor contractuum innominatorum genera diligenter excutiantur: & nulla civilis actio datur nomine precarii, *d. l* 14. *& l. eum qui* 14. §. *is quoque* 10. *D. de furt.* interdictum autem Prætor dat propter naturalem æquitatem, & actio præscriptis verbis ex bona fide oritur, *l.* 2. §. 2. *D. de precar.* Cum igitur toto genere differat precarium a commodato, nulla ratio suadet, ut in commodatum transformetur: maxime per pactum, quod subsistit etiam precario illæso: & vicissim precarium sustinetur etiam manente pacto. Hoc amplius precarium non transit ad hæredes, *l. cum precario* §. *ult. D. de precar. l. cum hæres ff. de div. tempor. præscr.* Paulus *lib.* 5. *rec. sent. tit.* 6. §. 17. ubi est expressa ratio: commodatum in hæredem transit, *l. penult. C. de commod. l. in commodato* 17. §. *si ex facto ff. eod.* In precario dolus tantum præstatur, quia totum est ex liberalitate, *l. quæsitum* §. *eum quoque ff. de precar.* in commodato & dolus & culpa etiam levissima, *l.* 1. §. *& ille quidem ff. de oblig. & act. l. in rebus* 18. *in princ. ff. commod.* Singulare enim hoc est in precario & contra regulas juris, ut de dolo solum teneatur is, qui solus utilitatem percipit ex contractu.

De substantia multo fusius, quam destinaveram, dixi. Sequitur modo quæstio de natura actus: scilicet si quod actum fuit, repugnet naturæ actus, utrum naturam sequi debeamus, an vero id quod actum est. Aliquando hoc præponitur, non raro & illud. Id, quod actum est, prævalet, cum actum fuit de aliqua proprietate, quam lex vel consuetudo tribuit actui ratione vel æquitate suadente: non tamen prohibet contra fieri, cum id neque iniquum sit, neque omnino repugnet actui. Exemplis id explico. De natura emptionis est; ut præstetur cautio duplex, & ex edicto Ædilium redhibitio animalium. Si autem inter emptorem & venditorem actum sit, & conventum, ne cautio præstetur, conventio prævalebit, & servanda erit, postposita natura actus, *l pacta* 72. *ff. de contr. empt. l.* 6. §. 1. *D. de act. empt l. paciści* 32. *D. de pact. l. quæritur* 14. §. *pen. ff. de Ædilit. edict.* Licet enim hæc sint propria ut dicuntur in *l. si hæres* 5 *in princ. ff. de act. empt.* tamen conventione tolli possunt, quia nec iniqui quicquam continent, nec a lege coguntur contrahentes ea observare, nisi dolus intervenerit; sunt introducta favore contrahentium, & ideo 12

ideo ea contemnere licet, *l. si judex ff. de minor. d. l. quæritur* 14. §. *pen.* & pacisci etiam contra Prætorem licet, quoties pactum non publicam, sed tantummodo rei familiaris læsionem spectat, *l.* 7. §. *si paciscar* 14. *ff. de pact.*

13 Aliud exemplum est in deposito, de quo in *l. Lucius Titius* 24. & *l. Publia* 26. §. 1. *ff. depos.* Si quis deponat pecuniam non in sacculo vel arca clausam, sed numeratam, & id actum fuerit inter contrahentes, ut tantumdem, non eadem pecunia solvatur: imo & solvantur usuræ: excedit quidem hæc conventio depositi notissimos terminos, & depositæ pecuniæ modum excedit; sed tamen subsistit depositum, subsistit & conventio usurarum, quia in bonæ fidei judiciis etiam ex pacto usuræ debentur, *l. cum quidam* 17. §. *ex locato D. de usur. l. initio* 5. *C. de pact. int. empt. & vend. l. contractus l. quinegotia* 34. *ff. mand.* Prævalet igitur, quod actum est, naturæ depositi. Hæc enim pacta non sunt contra substantiam depositi, sed solum contra naturam, ut perspicue demonstrant illa verba Papiniani: *egreditur ea res depositi notissimos terminos*, & Pauli: *depositæ pecuniæ modum excedere.* Subdit, *& ideo secundum conventionem usuræ quoque actione depositi peti possunt.* Quid hoc rei est? Quod excedat hæc conventio depositæ pecuniæ modum, inde non sequitur, ut usuræ peti possint secundum conventionem actione depositi: imo sequitur contrarium. Sed non est ineptum, aut falsum consequens, quemadmodum videtur. Nimirum hoc sensit Paulus: cum hæc conventio non sit contra substantiam depositi, sed dumtaxat excedat modum depositæ pecuniæ, scilicet ejus naturam: non est irritus depositi contractus, nec in mutuum convertitur, & ideo secundum conventionem debentur usuræ, & peti possunt actione depositi. Sane quidem; nam si depositum converteretur in mutuum, usuræ ex conventione non deberentur, *l.* 3. *C. de usur. l. Titius* 24. *vers. respondit ff. de præscr. verb.* Manet igitur depositum *l. die* 25. *ff. depos.* quia duo sunt genera depositi: alterum, in quo traditur pecunia clausa vel obsignata: *traditur*; & in hoc quia tamquam certum corpus deponitur, eadem corpora nummorum clausa vel obsignata sunt restituenda. §. *præterea tit. quib. mod. re contr. obl. l.* 1. §. *is quoque D. de oblig. & action.* alterum, cum quis pecuniam numeratam ita deposuit, ut neque clausam, neque obsignatam traderet, sed adnumeraret: in quo nihil aliud debetur, nisi tantumdem pecuniæ. *l. in navem* 31. *vers. idem juris ff. locat.* Ratio est, quia cum pecunia numeratur, in contractum deducitur tamquam quantitas non tamquam corpus: atque ideo qui illam accipit, debitor quantitatis constituitur: cui consequens est, eamdem rem restituere, quoties restituit eamdem quantitatem. Neque contrarium est, quod ait Ulpianus in *l. certi condictio* 9. *in fin. cum l. seq. ff. de reb. cred.* data utendi facultate depositario, depositum in mutuum converti. Nam ibi depositarius rogaverat deponentem, ut sibi liceret uti pecunia tamquam mutua, non tamquam deposita. Ibi: *transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit*; itaque concurrit utriusque voluntas contrahendi mutuum. Contra in casu nostro uterque vult depositum contrahere; & ideo in mutuum converti non potest: *nam nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum, in quod inchoatur, non potest. l. in omnibus rebus* 55. *ff. de obl. & act. l.* 1. §. *conventionis ff. de pact.* Verum tamen, quæ in depositi favorem sunt constituta, propterea quod pecunia manet penes depositarium, isque nullam ex deposito percipit utilitatem, ea cessant in hujusmodi deposito: veluti quod solummodo de dolo teneatur, *l. si ut certo* 5. §. *nunc videndum ff. commod.* ut deponens aliis præferatur, *l. si ventri* 24. §. *in bonis D. de bon. auct. jud. poss. alias de privil. cred.* Quæ de deposito diximus, eadem constituta sunt in locatione & condu-

ductione in *l. in navem* 31. *D. locat.*

14 Aliud exemplum. Si actum fuerit, ut, qui ex natura contractus solum de dolo teneretur, de culpa etiam & custodia teneatur: id, quod actum est, sequimur, *l.* 1. §. *si convenit* 6. & §. *sæpe* 35. *D. depos. l. & Aristoni* 39. *D. mand. l. si ut certo* 5. §. 2. *D. commod. l.* 7. §. *sed etsi* 15. *vers. item si D. de pact.* Item contra si actum sit, ut dolum tantum vel dolum & culpam præstet, qui ex natura contractus etiam diligentiam præstare tenebatur, *l. si ut certo* 5. §. *interdum* 15. *D. commod.*

15 Nunc videndum, quando natura actus prævaleat ei, quod actum est. Duobus modis id accidit, tum, cum omnino inutile est id, quod actum: tum, cum actus qui geritur, in alium actum transformatur. Primum accidit in ultimis voluntatibus, ut in legatis. Exemplum in *l. si quis in principio* 22. *D. de leg.* 3. *si quis in principio testamenti adscripserit: si cui bis legavero, semel tantum dari volo: postea eodem testamento vel codicillis sciens sæpe eidem legaverit: suprema voluntas potior habetur.* Ratio, quia natura ultimæ voluntatis est, ut sit ambulatoria usque ad vitæ supremum exitum, *l. quod si iterum* 4 *D. de adim. leg. l. cum hic status* 32. §. *pœnitentiam D. de donat. int. vir. & ux.* adeo ut nemo possit eam sibi legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat voluntate, *d. l. si quis* 22. Alterum exemplum elegantissimum proponitur in *l. si peculium* 6. *ff. de pecul. leg. Si fuerit legatum peculium non deducto ære alieno, verendum, ne inutile legatum sit, quia quod adjicitur, contra naturam legati sit: sed puto verum, hanc adjectionem non vitiare legatum, sed nihil ei adjicere.* Contra naturam, non contra substantiam. Subdit enim: *Plane si proponas legatarium nactum possessionem rerum, exceptione doli adversus hæredem vindicantem uti potest: habet enim in solidis rebus voluntatem æris alieni non deducendi.* Si esset contra substantiam, voluntas testatoris nullius esset momenti, nec daret legatario exceptionem.

Præterea & in contractibus idem est con- 16 stitutum. In dote constituenda si pactum adjiciatur, quo deterior fiat conditio dotis, est illud inutile; veluti ut maritus solum de dolo teneatur, *l. Pomponius* 6. *D. de pact. dotal.* Ut restituatur post longius tempus, quam sit naturæ dotis a lege datum, *l. si unus* 27. §. *pactus* 2. *vers. quod & in specie D. de pact.* Plura exempla peti possunt ex *l.* 2. & 4. *ex l. de die* 14. & *l. Attilicinus* 17 *D. de pact. dot.*

In emptione & venditione. De natu- 17 ra emptionis est, ut venditor præstet evictionem, *l. non dubitatur* 6. *C. de eviction.* cum enim de natura hujus contractus sit, ut venditor teneatur solummodo ad rem tradendam, non autem ad dominium rei transferendum in emptorem; & contra emptor teneatur nummos facere venditoris; quæ lex constituit, ut facilitati commercii provideret; necesse fuit emptoris etiam securitati consulere obligando venditorem de evictione, ut emptori habere liceret rem emptam, *l. ex empto* 11. §. & *in primis* 2. *D. de act. empt.* Esset enim contra bonam fidem emptorem rem amittere, & venditorem pretium retinere, *d. l. ex empto* 11. §. *ult. vers. neque enim D. eod.* imo etiam contra naturalem æquitatem, *l. nam hoc natura* 14. *ff. de cond. indeb. l. jure naturæ* 206. *ff. de R J.* Quocirca non valet conventio, si actum sit inter emptorem & venditorem, ut venditor de evictione non teneatur *d.* §. *ult.* In hoc venditori proficit pactum, ut solum pretium restituere teneatur, non etiam id, quod interest, si ignoraverit rem suam non esse, & hoc tribuitur bonæ fidei venditoris *d.* §. *in fin.* Cæterum ad pretium restituendum semper tenetur, etiam si aperte convenerit, ne teneatur. Ac miror plerosque interpretes contrarium defendere. Tam falsum id est, quam solem non lucere. Id perspicue demonstrant tum

Digitized by Google

tum verba, tum ratio, quam affert Julianus. Verba sunt: *idem esse dicendum, si aperte in venditione comprehendatur, & nihil evictionis nomine præstitum iri.* Qui aperte cavet, se nihil evictionis nomine præstare velle, utique aperte cavet, se nolle pretium restituere. Quid enim re evicta præstandum est a venditore? Quid enim re evicta præstandum est a venditore? pretium & utilitas: pretium principaliter, ac semper: utilitas nec principaliter, nec semper: plerumque enim recepto pretio nihil interest emptoris rem evictam fuisse. Verbum igitur *nihil* non potest non utrumque comprehendere: & si aliquid posset excludi, potius utilitas, quam pretium excludi deberet. Sed cum duo solum contineantur, absurdissimum est dicere, eum, qui nihil vult præstare, non excludere utrumque. Est hoc vim inferre verbo: imo pervertere omnino ejus significationem. Præterquam quod, cum Julianus ait, aperte venditorem comprehendisse nihil evictionis nomine præstitum iri: manifeste comprehendit etiam eum casum, quo venditor dixerit expressim, se nolle teneri nec ad pretium, nec ad id quod interest emptoris ultra pretium: hic enim vere dicitur aperte utrumque comprehendere, *l. si scripsisset 46. in fin. ff. de legat. 2.*

18 Id ipsum ratio confirmat evidenter. Ait Julianus: *Neque enim bonæ fidei contractus hanc patitur conventionem, ut emptor rem amitteret, & venditor pretium retineret.* Numquid minus læditur emptor, ac lucratur venditor pretium non restituens, si expressim caverit de pretio non restituendo, quam si convenerit nihil præstitum iri? Numquid hoc magis contrarium bonæ fidei contractus, & juri naturæ, quæ dictant neminem debere cum alterius jactura locupletari *d. l. jure naturæ, & l. nam hoc natura.* Hui! quam sunt isthæc ridicula! Amplius dico: magis impugnat bonam fidem contractus & jus naturæ, qui expressim declarat, se nolle teneri ad restituendum pretium, quam qui id non exprimit: & consequenter illa conventio potius, quam hæc inutilis esse debet: maxime quia nonnunquam voluntas expressa vitiat, licet non expressa non vitiet *l. nonnunquam 52. ff. de cond. & dem.* Confer *l. Senatus 43. §. penult. ff. de leg. 1. cum l. fideicommissa 11. § sic fideicommissum 5. & §. seq. ff. de leg. 3. & cum l. Thais 41. §. sorore 4. ff. de fideic. libert.* sed ne ab emptione discedamus: si venditor dixerit nolle dominium rei venditæ ad emptorem transferri, facit irritam emptionem *l. cum manu sata 80. §. ult. ff. de contr. empt.* cum tamen non teneatur venditor dominium transferre; & non minus valeat emptio, si non transferat, quam si transferat, *l. ex empto 11. §. 2. ff. de act. empt.* Atque hæc auctarii loco: nam cum evidens sit, non minus opponi bonæ fidei contractus pactum, in quo exprimitur, ne pretium restituatur, quia pactum, in quo id non exprimitur, evidens quoque est, ad impediendam restitutionem pretii neutrum valere posse; utrumque enim a jure communi æque remotum est, cum idem omnino contineat, ac propterea valere non potest *l. 7. §. & generaliter 16. de pact.*

Ad alia procedamus. In societate si a- 19
ctum sit, ut cum quis plus conferat, æqualem, aut minorem partem habeat, non valet, quod actum est; & prævalet natura societatis, quæ partes æquas desiderat *§. 1. inst. tit. de societ. l. si non fuerint 29. ff. pro soc.* æquas scilicet proportione ejus, quod quisque contulit in societatem *l. in proposita 78. cum duab. seqq. ff. eod.* proportio enim geometrica servanda est inter socios, quæ sit analoga rebus collatis in societatem: ut, qui plus confert, plus accipiat, ut ait Arist. 3. *Polit. 6.* Itaque si placuerit, ut unus tres partes habeat, alius unam, qui non minus contulit, placitum non valet *l. si non fuerint 29. in princ. & §. 1. ff. eod.* Item si conveniat, ne omnino divisio fiat, pactum non valet, *l. in hoc judicium*

14.

14 §. *si conveniat ff. commun. divid. l. nulla* 70. *ff. pro soc.* quia hæc est natura societatis, ut nemo invitus in communione possit retineri, *l. ult. C. comm. divid.* parere enim discordias solet materia communionis, *l. cum pater* 77. §. *dulcissimis* 20. *ff. de leg.* 2. societas autem jus quodammodo fraternitatis in se habet, *l. verum* 63. *in princ. ff. pro soc.* Item si convenerit, ut alter ex sociis damnum tantummodo, nullam vero partem lucri ferat. Hæc autem conventio non ipsa solum est irrita, sed vitiat ac tollit ipsam societatem, quia iniquissima est, *d. l. si non fuerint* §. *ult.*

20 In pignore. Si convenerit, ne pignus distrahatur a creditore, conventio absolute non valet, & prævalet natura pignoris, quod datur ad securitatem creditoris §. *creditor* 4. *inst. quib. mod. re contr. oblig.* quam non consequeretur, si ei non liceret pignus vendere. Itaque de natura hujus contractus est, ut pignus distrahere possit creditor, si ei pecunia non solvatur, *l. si cessante* 7. *l. quæ specialiter* 9. *l. si in hoc* 14. *de distr. pign. l. si convenit* 4. *ff. de pignor. act.* Pactum igitur de non distrahendo repugnat naturæ pignoris: sed hæc potior est: nam & non obstante potest creditor pignus vendere, *d. l. si convenit* 4. Requirit quidem Ulpianus præcedentem trinam denunciationem; sed hæc eo tempore necessaria erat etiam pignore simpliciter contracto. Paul. *lib.* 2. *rec. sent. tit.* 5. §. 1. *Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denunciare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur,* & *tit.* 13. §. 5. Pactum igitur de non distrahendo nihil adjicit contractui perinde ac si non fuisset adjectum.

21 In ususfructu. *Si quis usumfructum loci leget ita, ne hæres cogatur viam præstare, inutiliter hoc adjectum videtur. Item si ususfructu legato iter ademptum sit; inutilis est ademtio, quia semper sequitur usumfructum, l.* 1. §. 1. *ff. si ususfr. pet.* semper sequitur &c. est ergo de natura ususfructus, quia licet sit quid extrinsecum, tamen sine eo uti frui non possumus. Si autem quis legaverit usumfructum deducto usu, non est inutilis adjectio, sed totum legatum, *l. per servum* 14. §. 1. *vers. denique ff. de usu & habit.* Quid ita? Quia hoc est contra substantiam ususfructus, qui est jus utendi, fruendi *l.* 1. *ff. de usufr. princ. tit. inst. eod.* itaque detracto usu, non est amplius ususfructus, & collabente re legata, non potest legatum subsistere.

Jam ordo rerum propositarum postulat, 22 ut videamus, quando corruat tota dispositio, aut in aliam convertatur, si quid contra ejus naturam actum fuerit. Primum exemplum & quidem omnino singulare occurrit in emptione & venditione. Venditor non tenetur transferre dominium rei venditæ in emptorem, & non eo minus valet emptio non translato dominio, *l. ex empto* 11. §. 2. *ff. de act. empt. l. si ita* 25. §. 1. *ff. de contr. empt.* & tamen si actum fuerit, ne dominium ad emptorem transeat, nulla est venditio, & in locationem, vel aliud genus contractus transformatur, *l. cum manu facta* 80. §. *ult. ff. eod.* Ratio est, quia cum etiam res aliena vendi possit, *l. rem alienam* 28. *ff. eod.* & traditione rei alienæ dominium non transferatur, *l. traditio* 20. *in princ. ff. de acquir. rer. domin. l. si noxale* 27. *in fin. vers. quia nullum D. de noxal. act.* §. *per traditionem* 40. *inst. de rer. divis.* quamobrem si rem alienam distrahat venditor, licet valeat venditio, tamen dominium non transfert. Sed si rem suam vendat, cujus utique dominus est, omnino dominium transfert, nec potest impedire, ne dominium transeat in emptorem, cum emptio & venditio sit titulus idoneus ad dominium transferendum, quo posito per traditionem jure naturali transfertur, *d.* §. *per traditionem* 40. *l. nunquam nuda* 31. *ff. de acquir. rer. dom.* Est igitur contra naturam emptionis id agere, ut

Digitized by Google

ut dominium non transferatur.

23 Alterum in societate. Si convenerit inter socios, ut de lucro participet, qui nihil contulit in societatem, nec pecuniam, nec operam, non valet *l. si non fuerint* 29. *in princ. & in §. 1. ff pro soc.* nam donationis causa contracta societas nulla est *l. 5. in fine ff. eod. l. in causæ 16. §. 1. ff. de minor.* Est hoc commune emptioni *l. si quis donationis* 38. *ff. de contr. empt.* & locationi *l. sicut emptio* 20. *§. 1. l. si quis conduxerit* 46. *ff. locat.* Sed in his mirum non est, irritum fieri. Nam sine pretio nulla est emptio *l. 2. §. 1. ff. de contr. empt. §. 1. inst. tit. eod.* & pretium pertinet ad substantiam emptionis *l pacta conventa* 72. *ff. eod.* Item locatio nulla est mercede non constituta *princ. tit. instit. de locat. & cond. l. si vir uxori* 52. *in princ. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Haud aliter tamen societas quoque nulla contrahi potest donationis causa: nam donatio ex adverso opponitur societati. Societas negotiationis & lucri causa coitur: contra donatio damno semper adjuncta est. Qui donat, perdit *l. filiusfam. 7. in princ. ff. de donat.* Perdere autem, & lucri facere sunt omnino pugnantia; adeoque nec societas nec donatio valere potest *l. ubi pugnantia* 188. *ff. de R. J.* Enimvero Doctores cum glossa contractum jure donationis valere pro certo habent; ego tamen sum incertus sententiæ. Movet me Ulpianus, qui in *l. in causæ 16. §. item relatum ff. de minor.* ait, quod si minor circumscriptus donationis causa societatem cojerit, cessant partes Prætoris, quia nulla est societas, quemadmodum nulla est inter majores, & minor satis ipso jure munitus est. Sed si valeret jure donationis, non esset ipso jure munitus, nec cessarent partes Prætoris, qui deberet ipsi auxilio restitutionis opitulari *l. 2. C. si advers. donat.* Idem Ulp. in *l. cum hic status* 32. *§. si inter* 24. *ff. de donat. int. vir. & uxor.* ait, quod societas donationis causa inter virum & uxorem contracta nulla est, nec Senatusconsulto per mortem donatoris confirmatur, ut reliquæ donationes. Ibi: *nec post decretum Senatus emolumentum ea liberalitas, ut actio pro socio constituatur, habere poterit.* Ante Senatusc. factum & orationem habitam ab Antonino Augusto in Senatu, poterat hæres eripere res donatas donatario: Prohibuit id Senatus, si donator in ea voluntate perseverasset usque ad extremum vitæ spiritum *l. cum hic status* 32. *in princ. & in §. ait oratio ff. eod.* Et hoc est emolumentum, quod liberalitas conjugum consequi non potest. Non transformatur igitur societas in donationem. Nec obstant illa verba: *quæ tamen in commune tenuerunt præstituto fine, revocanda non sunt*: ea enim nihil aliud significant, quam si uterque contulerit partes inæquales, & finis præstituatur: hoc est, præstituatur modus inter partes, ut redigatur ad æqualitatem cum lucro & damno: præstituto hujusmodi modo, non sunt revocanda, quæ in commune tenuerunt. Finis sæpe modum significat, quem excedere non debemus in definienda legitima ac debita quantitate: terminum, ultra quem progrediendum non est, ut in *l. 1. §. pacto ff. de pignor. l. 4. §. 1. ff. de naut. fenor. l. Firmio 26. in princ. ff. quando dies leg. ced.* Qui plura volet exempla, sunt apud Duarenum, qui *lib. 1. disp. cap. 12.* omnia fere collegit. Cic. *pro Quinctio. Certos mihi fines terminosque constituam, extra quos egredi non possis.* & *1. de Offic. Finem & modum transeunt appetitus;* & *ad Q. Fratr. ep. 1. Eos, quos tibi comites & adjutores negotiorum publicorum dedit ipsa Resp. dumtaxat finibus his præstabis, quos ante præscripsi;* & *pro M. Marcel. in princ. Tantum in summa potestate rerum omnium modum tacitus præterire non possum.* Horat.

*Est modus in rebus, sunt certi denique fines.*

Quo-

Quocirca præstituere finem societati, nihil aliud significat, quam præscribere, definire modum, intra quem contineatur societas, & extra quem non egrediatur, eamque redigere ad æqualitatem, quod arbitrio boni viri fieri solet, *l. si societatem 6. l. societatem 76. cum 4. seqq.*
25 *ff. pro soc.* Igitur præstituto fine & constitutis æquis partibus non sunt revocanda, quæ in commune tenuerunt. Licet enim ab initio societas non valeret, tamen ad legitimum modum redacta, redintegratur novo consensu, perinde ac si ab initio legitime contracta fuisset; retrotrahitur enim confirmatio ad tempus celebratæ donationis *l. donationes quæ 25. C. de donat. int. vir. & uxor.* Illud etiam me movet, quod si pactum haberet vim convertendi societatem in donationem, posset obtentu donationis sustineri etiam societas, in qua alter lucrum, alter damnum tantummodo sentit, quam iniquissimam dicit Ulpianus in *l. si non fuerint in fin. D. pro soc.* Quid enim prohibet, quin ille, qui nullum lucrum ad se pertinere pactus est, voluerit suam partem lucri alteri socio dare? Multo magis defendi posset altera societas, de qua in *d.l. si non fuerint* §.1. in qua ad alterum tantum pertinet damnum, & pars lucri: ad alterum pars reliqua lucri sine ulla parte damni, etiamsi æquas partes contulisset: donationem enim posset obtendere, qui nullum damnum sentit; quasi donare voluerit socio id, quod damni passurus fuisset. Porro vix potest societas donationis caussa contrahi sine fraude ac simulatione: utraque autem maxime adversatur societati, quæ jus quodammodo fraternitatis in se habet, *l. verum 63. in princ. D. pro soc.*

26 At enim, inquies, emptio & locatio in donationem transformantur, ut paulo ante dicebamus ex *l. empti 9. C. de contr. empt. l. si quis conduxerit 46. D. locat.* Quidni igitur & societas? Caussam ibi indicavimus; modo luculentius explicabimus. Socii id agunt, ut lucrentur: huc tendit societas, ejusque natura & institutum: donator contra id agit, ut perdat, *l. filiusfam. 7. D. de donat.* pugnant hæc inter se, copulari non possunt, multo minus alterum in alterum transformari: nimio plus diffidet forma societatis a forma donationis, quam ut possit altera in alteram converti. Non ita res habet in venditione & locatione. Venditor id agit, ut re sua se privet, eamque in alium transferat pro certo pretio: locator ut se privet usu rei suæ, eumque transferat in conductorem pro certa mercede. Haud aliter emptor & conductor id agunt, ut se privent pecunia, in qua consistit pretium, ac merces, quam se daturos convenerunt, ut rem emptam acquirerent, vel ejus usum. Si venditor aut locator pretium aut mercedem nolint accipere, volunt emptori & conductori donare, de emptione & locatione fit donatio, quia sine certo pretio certaque mercede venditio & locatio non contrahuntur, *l. 1. D. de contrah. empt. princ. tit. inst. de locat.* Non eo tamen minus & illi transferunt rem & usum in hos; & hi rem & usum consequuntur, ut volebant & intendebant. Amplius, aut venditor emptori ad solvendum parato remittit solvendi necessitatem, & ipsi pretium donat, & tunc subsistit emptio; sicut subsisteret societas, si in divisione unus ex sociis suam partem lucri alteri donaret: quia initium spectandum est, *l. si procuratorem 8. in princ. D. mand. l. 2. §. idem Pomponius 15. D. depos.* Aut venditor & locator dicis gratia aliquid pro pretio ac mercede accipiunt, ut in *l. si quis conduxerit 46. D. loc.* tunc contractus est valde similis emptioni aut locationi, re enim non differt, nisi quod id quod, loco pretii aut mercedis datur, non æquat mercedem aut pretium, & ideo potius donatur, quam solvitur ad pensandam rem vel usum; & est quodammodo mutua donatio: locator donat usum rei, conductor nummum, *d. l. si quis 46.* Certe Verres hac excusatione

tione se tuebatur. Cic. *lib.* 4. in Verr. *Attamen ut possit se dicere emisse, Artagatho imperat, ut aliquid illis, quorum argentum fuerat, nummorum dicis causa daret: invenit Artagathus paucos, qui vellent accipere; his dedit: eos nummos tamen iste Artagatho non reddidit.* Videtis, quam proxime accedat ad emptionem iste contractus: si aliquanto plus daretur, idque non dicis causa, sed pretii, esset vera emptio: quia quod non ut pretium rei emptæ, sed dicis causa datur, evadit in donationem. Pretium quantumvis exiguum non facit irritam venditionem. Argumento est, quod etiam si multo minus fuerit dimidio justi pretii, tamen rescindenda est venditio, ut ab ea recedi possit; & si emptor suppleat, quod deest justo pretio, rem retineat, nec infirmatur venditio, *l.* 2. *C. de rescind. vend.* Tunc autem solum transit in donationem, cum id, quod datur ex conventione, est adeo tenue, ut vicem pretii gerere non possit *d. l. si quis* 46. *ff. loc.* Verumtamen nihil hac de re certi statuo: solum hæc doctoribus expendenda propono. Hoc

27 tantum addo, novum non esse, ut quod adjicitur contractui, vel alicui actui, vitiet contractum, vitiet actum, si adversetur fini & causæ, ob quam actus ille fuit institutus. Do exemplum in ipsa societate. Matrimonium est quædam societas individua inter marem & foeminam. *Nuptiæ sunt conjunctio maris & fœminæ, & consortium omnis vitæ, divini & humani juris communicatio*: ait Modestinus in *l.* 1. *D. de ritu nupt.* Hæc societas liberorum procreandorum causa fuit instituta *l. liberorum* 220. §. *ult. D. de V. S.* D. Augustin. *de bono conjug. cap.* 17. *Nuptiæ eædem sunt in omnibus gentibus procreandorum filiorum causa institutæ.* Videndus Ulpianus in *fragm. tit.* 3. §. 3. & *l. si vicinis* 9. *C. de Nupt.* ac si quid contra hunc finem, contra hanc causam nuptiarum tabulis fuerit comprehensum, veluti: *contraho tecum, si generationem prolis evites*: nullum est matrimonium *c. ult. de cond. oppos.* D. Augustin. *in can. aliquando* 32. *quæst.* 2. *Qui contrahunt eo animo ut vel filios non suscipiant, vel susceptos enecent, non habent connubium.* Ecce aliud exemplum petitum ab ultimis voluntatibus. Legatum honorandi legatarii causa relinquitur; est enim honos legatum, & ad honorandos amicos legatur. *l.* 3. §. *hoc autem D. de legat. præst.* Ibi: *cui honos habitus sit, l. sed etsi suscepit* 52. §. *sed etsi proponas D. de judic. l. amicissimos* 36. *in princ.* Ibi: *honore legati D. de excus. tut. l. an.* §. *ne autem.* Ibi: *honorata persona C. de caduc. toll.* Idcirco non valet legatum denotandi legatarii causa cum opprobrio & contumelia relictum *l. turpia* 54. *D. de leg.* 1. *l. Divus Severus D. de adim. leg.* sicut etiam non valet hæredis institutio *l. quoties* 9. §. *si quis nomen* 8. *D. de hæred. inst.* Simile est aliud exemplum in legato poenæ nomine relicto, quod ante Justinianum non valebat, adeo ut nec in testamento militis valeret, nec legatum libertatis, nec relictum Principi sustineretur *l.* 1. *D. de his quæ pæn. caus.* §. *ult. inst. tit. de legat.* non alia ratione, quam, quod legata relinquuntur ob meritum *l. nec adjecit* 9. *D. pro soc.*

Jam vero eo, unde digressi sumus, re- 28
deamus. De accidentibus nulla est controversia. Quæcumque spectant accidentia, recte adjiciuntur: pacta enim dant legem contractibus *l. contractus* 23. *D. de reg. jur.* & omnino sunt servanda *l.* 1. *in princ. D. de pact. l.* 1. *D. de const. pecun.* dum ne fiant contra bonos mores, aut contra leges *l.* 7. §. *dolo cum mult. seqq. D. de pact. l. nemo* 55. *D. de leg.* 1.

Videndum modo superest, an proposi- 29
ta regula pletisque aliis sit præferenda. Ecce certissima est regula, quod a proprietate verborum non est recedendum *l. non aliter D. de legat.* 3. de qua alias copiose diximus. Concurrunt ei quando hæ duæ regulæ. Porro in *l. ex conducto* 16. §. *si uno* 4. *vers. sed etsi verbo D. lo-*

*cat.* prævalet natura actus, & verbum donationis pro transactione accipimus; Prævalet etiam in *l. ubi ita donatur* 27. *D. de mort. cauf. donat.* Cæterum si proprietati verborum adjungatur etiam, quod actus futurus sit inutilis, cedit natura actus, ut in *l. si tibi pecuniam* 20. *D. de reb. cred.*

30 Rursus prævalet hæc regula interpretandi verba secundum naturam actus, alteri regulæ, quod verba generalia generaliter sunt intelligenda, traditæ in *l.* 1. §. *generaliter D. de legat. præst.* quam regulam supra luculenter exposuimus. Optimum exemplum in *l. damni infect.* 43. *in princ. D. de damn. infect.* In stipulatione damni infecti dictum erat: si quid ibi ruet. Sunt hæc verba generalia. Nihilominus ait Alfenus, quod non videtur ibi ruere, si quid vento, aut omnino aliqua extrinseca causa caderet: sed quod ipsum per se concideret. Nimirum restringit generalem significationem verborum natura stipulationis de damno infecto: quia dominus rei ruinam minitantis non tenetur cavere, nisi de damno, quod acciderit vitio operis vel facti, vel faciendi. Aliud in *l. si cui simpliciter* 9. *D. de servit.* Ratio habetur in *l.* 4. *in princ. verf. quia non est verisimile D. de usur.*

31 Altera regula est, verba obscura contra locatorem, venditorem, eumque qui obscure dixit, cum posset apertius dicere, interpretanda *l. veteribus D de pact. l. Labeo D. de contr. empt.* Huic quoque prævalet hæc, eaque potior est: constat id ex *l. in lege* 29. *D. locat.* quam alias exposuimus: Multo magis prævalet alteri regulæ, quod semper in obscuris id, quod minimum est, sequimur, *l. semper in obscuris D. de R. J.* Nam hæc regula omnium postrema est, ut alibi probavimus, & eam late explanavimus.

Hæc paulo diligentius enucleanda duximus, quia sæpe concurrunt plures regulæ, inter quas pugna est, & quam sequamur, ignoramus, quia nostri hac de re ne mutiunt quidem.

---

## CAPUT XIII.

### *Ad L. 2. D. de his, quæ pro non script. hab. & l. si fuerit 10. D. de reb. dub.*

### SUMMARIUM.

I *Obscuritas vel circa personam, vel circa rem esse potest.*
II *Si persona non demonstretur, inutilis est dispositio. Exempla.*
III *Singularis appellatio plerumque ad plures personas extenditur.*
IV *Non tamen in dando hæreditate, vel legato.*
V *Ne quidem favore libertatis.*
VI *Valet institutio vel legatum, si manifeste appares, de qua persona senserit testator.*
VII *Nisi apertissime constet, de qua persona senserit testator, non valet dispositio, nec attenditur regula, quod in dubiis attendum, ut actus potius valeat quam pereat.*
VIII *Dispositio incerta valet, quando certa fit ex legis interpretatione.*
IX *Vel cum electio alicui tribuitur a lege, vel a disponente.*
X *Duobus de legato contendentibus, is admittendus, qui probaverit de se sensisse testatorem.*
XI *Ademptio uni ex duobus legatariis facta, si non appareat, cui facta sit, nemini facta censetur. Conciliatur* L. 3. §. *si duobus ff de adim. leg. cum* L. *si fuerit* 10 *vers. sed etsi ff de reb. dub. & num.* XII. XIII.
XII *Heredis nomen comprehendit omnes heredum gradus, & omnes hæredes, si plures sint; & n.* XIII.
XIV *Expenditur interpretatio* van Bynkershock; *& n.* XV.

*Quæ in testamento scripta essent; neque intelligeretur, quid significarent, ea perinde sunt, ac si scripta non essent.* Obscuritas cujuslibet dispositionis, aut pendet a verbis, quæ nullo idoneo sensu proferuntur: aut ab adjunctis, quæ sensum mentis involvunt & implicant, aut a prætermissione eorum, 1

quæ

quæ necessaria sunt ad demonstrandam personam aut rem, quam designare debemus.

2 Quod ad personam, cui aliquid relinquitur, attinet: si ea non demonstratur, inutilis est dispositio. In *l. quoties 9. §. heres 9. D. de hæred. inst. Heres institui, nisi ut certo demonstretur, nemo potest.* In *l. in tempus 62. §. 1. D. eod. Quoties non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet: quippe evenire potest, si testator complures amicos eodem nomine habeat, & ad designationem nominis singulari nomine utatur; nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum, pro qua persona*
3 *testator senserit.* Observa, quod licet sermo singularis aliquando etiam plures comprehendat, ut in edicto Prætoris in *l. 1. §. quamquam D. de assign. libert. l. 1. §. item hoc D. quod falso tut.* in L. XII. tab. *§. si plures inst. sit. de legit. agnat. success.* in testamentis etiam singulari hæredis nomine omnes continentur, *l. si ita relictum 43. in princ. & l. seq. in princ. ff. de leg. 2. l. si plu-*
4 *res 98. D. de leg. 3.* quocirca Cascellius ajebat in *usu juris frequenter uti nos singulari appellatione, cum plura generis ejusdem significare vellemus, l. in usu 158. D. de V. S.* tamen cum agitur de danda hæreditate vel legato, singularis appellatio ad plures personas non extenditur, *l. qui plures 18. D. de usufr. leg. l. si fuerit 10. in princ. vers. sed etsi D. de reb. dub. l. 3. §. si duobus vers. quemadmodum D. de adim. leg.* Idem &
5 in dando tutore, *l. duo sunt Titii 30. D. de test. tut.* Hoc amplius ne favore quidem libertatis ad plures extenditur, *d. l. si fuerit 10. & l. si quis de pluribus 27. D. de reb. dub.* Eo fit, ut si quis solvendo non est, cui lege Ælia Sentia permittebatur unum ex suis servis liberum & hæredem facere §. 1. *inst. tit. quib. ex caus. man. non lic.* duos servos simul hæredes instituerit, hoc modo: *duos Appollonios liberos hæredesque esse jubeo*, neuter sit hæres ac liber, *l. qui solvendo 42. D. de hæred. instit.* Uterque enim liber esse non potest propter legem Æliam Sentiam. Si duos instituisset separatim, is, qui primo loco scriptus esset, & liber & hæres esset, *l. qui solvendo 60. D. de hæred. instit.* Cum duos simul scripserit, non potest constare, uter eorum liber esse debeat, nisi alter ex illis ante apertas tabulas moriatur: & ideo sibi invicem obstant, *d. l. qui solvendo 42. cum l. seq.* Harum legum auctoritate olim defendi, valere donationem omnium bonorum præsentium & futurorum. Quamvis enim non repugnarem communi opinioni, donationem omnium bonorum inutilem esse; tamen dicebam, valere hanc donationem in bonis præsentibus, quæ primo loco nominata sunt separatim a futuris: nihil enim impedit valere donationem bonorum præsentium, cum donator de futuris testari queat. Maxime vero quia tot sunt stipulationes, quot res in stipulationem deductæ, *l. scire debemus 29. in princ. D. de V. O. §. quoties 17. inst. de inutil. stipul.* Sed hæc obiter & quasi per transennam.

Illud præterea notandum, quod quam- 6
vis sustineatur institutio & legatum, si constet de quo senserit testator, ut in superioribus legibus; tamen id revelari debet apertissimis probationibus; hac *l. in tempus 62. §. 1.* Ibi: *nisi apertissimis probationibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit.*

Illud majori consideratione dignum, 7
quod licet certissima sit in jure nostro regula: semper in dubiis id agendum, ut tutissimo loco res sit: ut potius valeat actus quam pereat *l. quoties 12. l. ubi est 21. ff. de reb. dub. l. si quando 109. ff. de leg. 1.* Tamen in hac specie verba aliorsum interpretamur: inutilem dicimus esse institutionem, legatum, tutoris dationem, nisi apertissime constet, de qua persona testator senserit: nec ea lex interpretatur ad hanc regulam. Et hoc generale est tam in institutionibus

quam in legatis, & datione tutoris, ut paulo ante dixi. Imo & in ipso libertatis legato *l. si fuerit* 10. *verf. item si ex pluribus & l. si quis de pluribus* 27. *ff. de reb. dub.* Unde intelligere debemus, hoc idem in causa pia esse servandum. Quamvis enim valeat institutio pauperum vel captivorum *c.* 1. *de testam. in 6to. l. si quis ad declinandam* 49. *C. de Episc. & cleric.* tamen aut quis instituit unum ex pauperibus, persona non demonstrata, & tunc non valet institutio, cum non constet de persona hæredis; aut instituit certam hominum collectionem & universum genus, ut in *d. l. si quis ad declinandam per tot.* & tunc valet institutio: quia si ipse testator non elegerit, fit certum legis interpretatione, ut ex laudata lege apparet: & si reliqua omnia defecerint, electio ab ipsa lege tribuitur Episcopo *l. id quod pauperibus* 4. *& l. nulli* 28. *C. eod.* Eadem ratione, qua & collegio licito ac permisso legare licet, vel civibus suis *l.* 2. *& l. cum senatus* 20. *ff. de reb.dub.l.penult.* §. *civibus meis* 8. *ff. de leg.* 2. item cognationi, vel cognatis *l. si cognatis* 19. *ff. eod.* Videndæ *ll. si quid relictum* 116. *& civitatibus* 122. *ff. de legat.* 1.

8 Plane postulat hic locus ut opportune admoneamus, quod incerta dispositio valet, quotiescumque aut legis interpretatione certa fit, aut per electionem alicui, vel a lege, vel a testatore concessam. Legis interpretatione certa fit, quoties agitur de morte personæ, quæ fuerit incerta, uter prior decesserit, aut postremus. Si duo simul perierint, nec appareat quis prior, quisve posterior decesserit, lex secundum ætatem, sexum, aliasve ejusmodi qualitates decernere solet & interpretari, quis prius, posteriusve decesserit. Varia occurrunt exempla in titulo *ff. de reb. dub.* Qui duos filios impuberes habebat, ei, qui supremus moreretur, Titium substituit: ambo simul in navi perierunt. Quoniam uterque impubes erat, utrumque simul mortuum fuisse lex admittit, & utrumque postremum primumque obiisse. Eo fit, ut neutri Titius substitutus esse videatur. Tamen quia utriusque hæreditatem habiturus esset Titius, etiamsi ordine alter prior, alter posterior vita decessissent, & incertitudo non ab ipso testatore, sed ab insolito mortis casu provenit, idcirco Tryphoninus utrique Titium succedere ex substitutione respondit in *l. qui duos* 9. *§. in princ. ff. de reb. dub.* Idemvero in §. 1. fundit, quod si pater & filius simul in bello periissent, Divum Adrianum credidisse patrem prius mortuum. Contra si libertus cum filio simul perierint, propter reverentiam patronatus filium ait prius periisse. Ibi: in §. 2. Mulierem autem ante maritum mortuam credidit. Ibi in §. 3. & in §. *ult.* scribit filium puberem post patrem: impuberem ante patrem credi obiisse. Hæc autem omnia, nisi contrarium probetur. Sed hae de re videndæ *l. si inter* 8. *l. quod de pariter.* 16. *cum duabus seqq. l. cum pubere* 21. *& seqq. ff. de reb. dub.*

Electio quoque alicui vel a testatore, 10 vel a lege commissa, efficit certam dispositionem, quæ alioquin esset incerta. Quod ad personas attinet, lex quidem nemini dat electionem, eamque solus habet testator, & potest in alium transferre. Quocirca si testator pluribus hæredibus institutis, unum rogaverit, ut, cum moreretur, partem suam uni ex cohæredibus, cui vellet, restitueret: utile est fideicommissum, quia hæredi dedit electionem personæ, cui vellet restituere, non vero dedit ei arbitrium, an omnino velit restituere, quod ei inutiliter dedisset, *l. utrum ita* 7. §. 1. *ff. de reb. dub.* similis text. in *l. fideicommissaria* 46. §. *ult. D. de fideicom. libert.* Quoad res autem, tam testator, quam lex tribuit facultatem eligendi. Testator, ut apparet ex toto *tit. D. de opt.* vel

*vel elect. leg.* si testator nihil dixerit, lex ipsa tribuit vel electionem hæredi, vel legatario. Valet enim legatum generis, veluti si legetur homo, equus, bos, scyphus *l. cum incertus* 13. *l. legato generaliter* 37. *D. de legat.* 1. §. *si generaliter* 22. *instit. tit. de legat.* Atque ut valere possit & effectum habere lex olim dabat jus eligendi pro qualitate legatorum, modo hæredi, ut in *l. si quis a filio* 32. §. 1. *l. si domus* 72. *in princ. l. hujusmodi* 84. §. *si cui homo* 3. *D. de legat.* 1. *l. cum certum* 4. *D. de trit. vin. & ol. leg.* modo legatario *l. qui duos* 20. *l. si servus* 108. §. *cum homo D. de leg.* 1. *l.* 2. §. 1. *D. de option. vel elect. leg. l. qui hominem* 11. *cum seq. D. de adim. leg.* Hodie vero videtur esse legatarii in quocumque legato §. *si generaliter* 22. *instit. tit. de legat.* quoniam Justinianus omnia legata exæquavit & legatariis tribuit tres actiones §. *sed olim.* 2. *inst. eod.* & cum in potestate legatarii sit, qua actione uti velit, consequens est, ejus quoque esse rei legatæ electionem *d. l. si servus* 108. §. *cum homo*. Utcumque sit, electio certam reddit dispositionem, quia testator illud vult legare, quod eligetur, ideoque valet dispositio *l. qui ex pluribus* 106. *D. de V. O.* Atque eo certius est legatum, quod electio certis terminis a lege circumscribitur, cum nec optimum, nec pessimum sit eligendum *l. legato generaliter* 37. *D. de leg.* 1.

10 Ad personas revertamur. Sciendum est, quod si duo ejusdem nominis contendant, & uterque paratus sit probare, de se sensisse testatorem, qui hoc probaverit, admittetur ad legatum *l. falsa* 33. §. 1. *D. de cond. & dem.* Ac si hæres paratus sit solvere, quia ambo parati sunt cavere, se defensuros hæredem, si minus recte solverit: potest hæres eligere, cui velit solvere: isque cavere debet se defensurum hæredem adversus alterum *l. si quis servum* 8. §. *si inter D. de leg.* 2. Quod si solvere nolit, ipse utrique debet satisdare, se soluturum ei, qui probaverit, *l. si duo* 16. *D. ut leg. nom. cav.*

Modo progrediamur ad ademptionem. 11 De ademptione legati inter doctos est magna dissensio. Ex duobus Ulpiani responsis, quæ hac in re videntur omnino contraria, extitit controversia. Alterum est in *l.* 3. §. *si duobus* 7. *de adim. leg. Si duobus Titiis separatim legaverit, & uni ademerit, nec apparet, cui ademptum sit: utrique legatum debetur: quemadmodum & in dando si non appareat, cui legatum sit, dicemus neutri legatum.* Recte ac juris rationi convenientissime. Alterum est in *l. si fuerit* 10. *in princ. vers. Sed etsi ff. de reb. dub. Sed etsi duobus hominibus ejusdem nominis fuerit legatum: puta Semproniis; mox Sempronio ademptum sit &c. & verius est ademptionem in utrumque valere.* Quid hoc rei est? An sibi ipse contradicit Ulpianus? Temerarium id arbitrari. Haud improbabile puto, quod a quibusdam observatur, in primo responso agere Ulpianum de duobus, quibus separatim legatum erat: ibi: *si duobus Titiis separatim legaverit*: in secundo agere de legato facto conjunctim: ibi: *puta Semproniis*. Hæc verba indicant conjunctionem, nisi addita fuerit adjectio illa *separatim*, quam non frustra adjicit Ulpianus in primo responso, & caute omittit in secundo. Qui legat hoc modo: *Semproniis fundum do, lego*, utique Sempronios conjungit, legat conjunctim: nec ulla major conjunctio potest excogitari: quamobrem duo Sempronii pro uno habentur, *l. si hæredi* 5. *D. de condit. instit.* Optime ad rem nostram Imperator in *l. unic.* §. *his ita definitis* 10. *versic. hoc ita tam varie C. de caduc. toll.* ubi profert, cur aliud in conjunctis, aliud in disjunctis statuerit: *hoc ita tam varie, quia conjuncti quidem propter unitatem sermonis, quasi in unum corpus redacti sunt.* Hoc etiam tradit idem Ulpianus, auctor legum, quas explicamus; in *l. plane* 34. *in princ. ff.*

Digitized by Google

*ff. de legat.* 1. Ibi: *at si conjuncti disjunctive connexi sint: connexi unius personæ potestate funguntur.* His efficitur, eum, qui conjunctim duobus Semproniis legavit, & postea Sempronio legatum ademit, utique Sempronio legatum adimere: quia uterque simul unius Sempronii potestate fungitur, pro unico habetur, unum corpus constituit. Certissimo argumento est, quod tradit Paulus in *l. si plures* 98. *ff. de legat.* 3. *Si plures gradus sint heredum, & scriptum sit: hæres meus dato: ad omnes gradus hic sermo pertinet, sicuti hæc verba: quisquis mihi hæres erit: itaque si quis velit non omnes heredes legatorum præstatione onerare, sed aliquos ex his: nominatim damnare debet.* Idem Pomponius in *l. si ita relictum* 43. *in princ.* & *in l. seq. in princ. ff. de leg.* 2. *si ita relictum fuerit: quantum heres meus habebit, tantum Tithaso dari volo: pro eo est, quasi in eo sit scriptum: quantum omnes heredes habebunt.* Videbatur potius dicendum, quod Tithasus habere deberet, quantum unus ex hæredibus, cui minima pars hæreditatis relicta fuit, juxta regulam traditam in *l. semper in obscuris* 9. *ff. de R. J. Semper in obscuris id, quod minimum est, sequimur*, *l. cum servus* 39. §. *Sejo ff. de leg.* 1. *l. nummis* 75. *ff. de leg.* 3. Sed hic sermo non est obscurus, quia singulare nomen hæredis omnes complectitur: tunc autem locus esset interpretationi, si testator dixisset: *quantum unus hæres habebit.* Tunc autem Tithaso dandum esset, quantum habet ille hæres, cui minimum relictum fuit, *l. qui concubinam* 29. §. 1. *ff. de leg.* 3. In *l. si pluribus* 44. *ff. de leg.* 2. *Si pluribus heredibus institutis ita scriptum sit: hæres meus damnas esto dare aureos quinque: non quilibet hæres, sed omnes videbuntur damnati, ut una quinque dent.* Quid ita? Quia nomen hæredis non hunc, aut illum hæredem designat, sed complexum omnium hæredum, qui pro singulari persona habentur. Succedunt enim in universum jus defuncti, *l. hæres in omne* 37. *ff. de acquir. vel omit. hæred.* quamobrem *ejusdem potestatis jurisque esse cujus defunctus fuit*, constat *l. hæredem* 59. *ff. de R.J.* eumque repræsentare, & in ejus locum substitui: atque ideo etsi plures sint, omnis tamen numerus eorum pro singulari persona est habendus, *l. cui fundus* 56. *in fine ff de cond & dem.* Etenim universitas hæreditatis omnes una complexione devincit. Simillimum est hoc exemplum ademptioni, de qua modo tractamus. Nam quod legatur, adimitur hæredi, cui 13 datum erat in ejus institutione, siquidem legatum est delibatio hæreditatis, qua testator ex eo, quod universum hæredis foret, alicui quid collatum velit, *l. legatum* 116. *in princ. ff. de leg.* 1. Conjuncti unius personæ potestate funguntur *l. plane* 34. *in princ. ff. eod.* sicut hæredes, ut modo probavimus. Quod hæredi adimitur, omnibus ademptum censetur ex modo laudatis legibus: ergo & legatum, quod conjuncto adimitur, omnibus ademptum esse censetur, ut vere & indubitanter respondit Ulpianus in nostra *l. si fuerit* 10. *ff. de reb. dub.*

Cl. Cornelius van Bynkershoek, qui 14 singularem juris scientiam excellenti doctrina & exquisita eruditione cumulavit, una dumtaxat interpunctione sustulit omnem difficultatem. Sic enim interpungit: *ademptionem autem in utrumque, valere.* Enimvero reprehendi non potest: nihil conjungit; nihil mutat: & ad verum sensum traducit; nihil enim verius, quam valere ademptionem factam in utrumque. Nihil igitur oppono: cum in Pandectis Florentinis aliisque, a quibus fortasse cæteri Codices transcripti fuere, nulla usquam est interpunctio, nulla verborum intercapedo, quocirca doctores pro arbitrio suaque intelligentia verba distinxerunt, & interpunctiones addiderunt: ne hoc ab ipsis amanuensibus ac librariis factum esse dicamus. Admiror igitur Cl. Auctoris acumen ingenii, quo præ

præ ceteris valet. Verumtamen quominus cum eo sentiam, illud in causa est, quod secundum hanc interpretationem Ulpianus solveret quæstionem, quæ nulla est: & de re indubitata responderet. Etenim quæ res est, quæ cujusquam animum dubium facere possit: valere ademptionem, quoties testator, qui duobus legavit, utrique legatum adimit? Quæstio in ea lege proponitur ab Ulpiano: an qui duobus Semproniis legavit, si postea Sempronio adimat, valeat ademptio. Si utrique Sempronio adimat, valere ademptionem, nec propositæ quæstionis est, nec ullam habet dubitationem. Dempta est illa lex ex libro sexto disputationum Ulpiani. Num Ulpianus adeo insulsus erat ac bardus, ut hoc in disceptationem vocaret? Hoc amplius: aut voluit decidere, ademptionem in utrumque factam valere: & hoc non quærebatur: aut quod ademptio non valet, nisi in utrumque facta fuerit: & inepte separasset causam ademptionis à causa legatorum; brevius enim & clarius omnes quæstiones solvere debuisset: *& verius est in his omnibus etiam legata, & ademptiones & libertates impediri*. Quorsum separavit ademptionem a legatis? Quorsum contrarium in ea respondit, si idem jus erat, quod in aliis omnibus? An non inepte disputasset: an, si quis cognatis suis, qui in capitolium ascenderint, legatum reliquisset: impediatur legatum, si duo semel ascenderint; vel, si legatum Semproniis suis amicis reliquerit, & duo sint Sempronii æqua charitate conjuncti: utriquene an neutri legatum debeatur? Quis enim tam ineptus, qui hæc disputanda proponat? Idem omnino & de ademptione dicendum. Ac si intelligenda est, & supplenda vocula *dumtaxat*, cur non iisdem verbis omnes propositas quæstiones solvit. *Verius est in his omnibus etiam legata, & libertates, & ademptionem in utrumque valere?* Non minus enim verum est, legata, & libertates dumtaxat valere, si in utrumque collatæ fuerint, quam ademptionem. Nescio etiam, an aliquis latinæ linguæ assertor nimis fortasse superstitiosus dubitaturus sit, an recte dicatur: *ademptio in utrumque*: adimitur enim legatum utrique, non in utrumque. Certe illud rectissime dicitur: *ademptionem valere in utrumque*. Cic. pro Cæcin. *Illud verbum unde, in utramque rem valet*, & *epist. lib. 4. epist. 10.* ad Marcellum: *in omnes partes valere*. Quinctil. inst. lib. 2. c. 17: *Quare etiamsi in utramque partem valent arma facundiæ, non tamen est æquum, id haberi malum, quo bene uti licet*.

Nec illud admittere possum, quod ait 15 V. Cl. in l. 3. adjectam vocem, *separatim*, non quia hoc quicquam conferret ad solvendam quæstionem, sed quia ut plurimum ita fieri solet. Passim enim in jure nostro tam conjunctim, quam separatim legata relicta proponuntur: & fortasse sæpius illa occurrunt: eorum enim formula expeditior est, & facilius in mentem testatoris venit; qui plerumque ignorat, quæ sit utriusque legati differentia. Illud etiam minus vere dici arbitror: in hoc juris articulo nullum esse discrimen inter conjunctos, atque disjunctos: contrarium enim supra demonstravi: nec solum in hoc, sed in aliis etiam juris articulis magnum esse discrimen constat ex *l. un. §. ubi autem cum sequ. C. de caduc. tollen.* in *l. si duobus 16. in princ.* in *l. plane 34. in princ. ff. de leg. 1* in *l. si pluribus 33. ff. eod.* in *l. re conjuncti 89. ff. de leg. 3.* in *l. triplici 142. ff. de V. S.* in *l. 1. & l. penult. ff. de usufr. accresc. & alibi*.

## CAPUT XIV.

*Ad L. si domus 71. in princ. ff. de leg. 1.*

### SUMMARIUM.

I *Legatum rei incertæ de certis valet, rei omnino incertæ non valet.*
II *Exponitur L. ubi autem 75. §. 1. ff. de verb. obl.*
III *Exponitur l. omnia, 32. §. species ff. de leg. 2.*
IV *Exponitur L. legato, 37. §. 1. ff. de leg. 1.*
V *Incerta & inutilis est stipulatio, si non appareat quam utilitatem stipulanti sit allatura.*
VI *Incerta est institutio, in qua testator non adjecerit conditionem, quam destinaverat. Item si conditio a testamentario addita, detracta, vel mutata fuerit.*
VII *Item si non appareat, ex qua parte heres fuerit institutus.*
VIII *Explicatur L. si quis ita 36. ff. de hered. instit. & n. IX.*
X *Incertum est legatum, non existente, cui datum intelligi possit.*
XI *Incerta est stipulatio, die per errorem omisso.*
XII *Dies adjectus institutioni vel legato, intra quem fieri non possit id, de quo convenit, detrahitur, stipulationem vero vitiat.*
XIII *Die ad opus perficiendum præfinito, si non perficiatur, tenetur conductor in id, quod interest.*

1 SEquitur obscuritas, quæ reddit omnino incertam rem, quæ deducitur in obligationem. Hæc etiam obscuritas impedit, ne ulla nascatur obligatio, siquidem ejusmodi sit, ut neque ex certis conjecturis, neque ex ipsius rei natura, neve ex alia causa certa fiat. Sed hæc omnia singillatim, & distincte sunt explicanda.

Finge testatorem alicui genus legasse, scilicet ejusmodi genus, quod ita appellant dialectici: nam genus, ut intelligunt nostri, legari potest: ut homo, equus, & reliqua, quæ dialectici species appellant: si legaverit genus ex sententia dialecticorum, ut substantiam, animal, aut quid simile, non valet legatum, quia magis derisorium est, quam utile legatum: nam hæres dando lapidem, aut muscam, liberaretur. Sed hoc difficile evenire potest. Exempla, quæ proponunt veteres Jurisconsulti, sunt domus, & fundi, de quibus ita jus est. Si testator legaverit domum, aut fundum, nulla domo, aut fundo demonstrato: siquidem nullam domum, nullumve fundum in bonis habeat, derisorium magis est, quam utile legatum, *l. si domus 71. in princ. ff. de leg. 1. l. cum post divortium 69. §. gener. vers. nec. videri ff. de jure dot.* Idque etiam traditam est de stipulatione in *l. ita stipulatus 115. vers. vel fundum ff. de V. O.* Quod si testator habeat aliquas domos, aut fundos, unus ex his legatus videbitur, & legatarii erit electio, ut diximus in superiore *§. si generaliter 22. inst. tit. de legat. juncta l. si domus 71.* Ratio, cur tam varie fuerit constitutum, ea est: quia res incerta de certis legari potest *l. si quis a filio 32. §. si quis plures ff. de leg. 1.* atque ideo, cum præsumatur testatorem de rebus propriis testari, non de alienis *l. unum ex familia 67. § si rem 8. ff. de legat 2.* legatus est fundus aut domus incerta de certis, videlicet de his, quæ sunt in bonis testatoris: ac propterea valet legatum. Quoties autem testator nullas domos, fundosve habet, non legatur res incerta de certis, sed omnino incerta, adeo ut nullam fortasse utilitatem sit allatura legatario. Etenim fundi, & domus nostra destinatione non natura constituuntur, *l. quod in rerum 24. §. pen. D. de leg. 1. l. si quis duas 6. §. si quis partem D. commun. præd. l. locus 60. D. de V. S.* Ibi: *& modicus locus possit fundus dici*: & rursus: *quælibet portio fundi poterit fundus dici.* Ex his apparet, cur valeat legatum hominis in genere *l. legato generaliter 37. D. de*

Digitized by Google

*D. de leg.* 1. §. *si generaliter inst. eod.* Homo natura constituitur, & certis terminis ab eadem natura circumscriptus est ac definitus, non destinatione, atque affectione nostra, quemadmodum domus, ac fundi *d. l. locus* cum aliis modo laudatis.

2 Antequam ultra progrediamur, explicandæ sunt nonnullæ leges, quæ cum his pugnare videntur. In *l. ubi autem* 75. §. 1. *D. de V. O. Ergo si quis fundum sine propria appellatione, vel hominem generaliter sine proprio nomine, aut vinum, frumentumve sine qualitate dari sibi stipulatur: incertum deducit in obligationem.* Non est ambigendum in tota illa lege tractari de stipulationibus validis, ex quibus tamen non datur certi condictio, cum certum quid in obligationem deductum non fuerit, sed incertum: ex qua nascitur actio ex stipulatu, non certi condictio *princ. tit. instit. de V. O. l. si stipulatus* 4. *in princ. D. de usur.* Certum autem in hac causa dicitur, ubi apparet, quid, quale, quantumque sit in stipulatione: sin minus, incertum est *d. l. ubi autem in princ.* Ergo ibi non agitur de stipulationibus omnino incertis & obscuris, quæ sunt inutiles: sed de stipulationibus utilibus, ex quibus nascitur incerti condictio ex stipulatu, ut apparet ex stipulationibus in ea lege propositis. Et tamen inter has stipulationes recenset stipulationem fundi sine propria appellatione, non fundum in genere: valet igitur hæc stipulatio. Verissimum id profecto est. Etenim ibi stipulatus est fundum sine propria appellatione, non fundum in genere. Notandum est, quod Ulpianus ibi distinxit, ac separavit stipulationem fundi a stipulatione hominis: non dixit stipulatum fuisse fundum generaliter, sicut hominem: sed fundum *sine propria appellatione*: hominem autem *generaliter*. Si fundum quoque generaliter fuisset stipulatus, inutilis esset stipulatio *l. ita stipulatus* 115. *vers. vel fundum D. de V. O.* quæ intelligenda est de fundo generaliter promisso, ut constat ex comparatione aliarum stipulationum ibi propositarum. Cum fundum sine propria appellatione stipulatur, promissor eligere debet unum ex his fundis, quos habet; ceteri enim, qui sunt alieni, stipulatione non continentur, nec solvi possunt, etiamsi electio ei data fuisset *l.* 2. §. 1. & 2. *ff. de opt. leg.* Quin imo & si stipulator de certo fundo sensisset, puta de fundo Corneliano, tamen si non apparet, promissor eligere debet, quem dare velit *l. legato generaliter* 37. §. 1. *ff. de leg* 1. debitoris enim est electio *l. cum qui certarum* 138. §. 1. *ff. de V. O.* Quod si de certis fundis inter contrahentes actum fuerit, licet nomen & appellatio fundi fuerit omissa, pariter unum ex illis, quem voluerit debitor, præstare debebit argum. *l. triticum* 94. *ff. de V. O. l. qui ex pluribus* 106. *ff. l. eod. cum servus* 39. §. *Sejo ff. eod. l. apud Julianum* 40. §. *Sejo ff. de leg.* 1.

In *l. omnia* 32. *alias l. cum ita* §. *species ff. de leg.* 2. *Species nominatim relictæ si non reperiantur, nec dolo heredis deesse probentur, peti ex eodem testamento non possunt.* Hæc etiam lex loquitur de testatore, qui species suas legavit, quarum legatum est inutile, si non reperiantur in hæreditate. Licet enim etiam res, quæ non sunt, legari possint, dummodo futuræ sperentur *l.* 1. *in fine ff. de cond. & dem. l. quod in rerum* 24. *ff. de legat.* 1. §. *ea quoque* 7. *inst. tit. eod.* tamen quando demonstratur aliqua species, quæ non est, nec futura est, inutile est legatum, inutilis stipulatio *l. si ita legatum* 65. *in princip. ff. de leg.* 1. *l.* 1. §. *si id quod* 9. *ff. de oblig. & act. l. si ita stipulatus* 97. *ff. de V. O.* Imo & si res legata non reperiatur in hereditate, legatum est inutile, quia de re sua testator disponere censetur, non de aliena, ut in exemplo, quod proponitur in *d. l. si ita legatum* 65. quin etiam idem obtinet in pecunia numerata certo loco circumscripta, quia 3



Digitized by Google

tamquam corpus ac species consideratur. Quamvis enim legata pecunia solvi debeat ab hærede, licet in bonis legantis non fuerit. *L. si pecunia* 12. *ff. de leg.* 2. tamen si quis leget centum, quæ in arca habet: si nulla sint, nihil deberi constat, *l.* 1. §. *sed etsi vers. nam etsi ff. de dot. præleg.* Sed de his uberius infra. Modo moneamus oportet, cavendum, ne cui imponat glossa, quæ fingit testatorem legasse equum suum brunum, qui non invenitur in hæreditate: nam licet non inveniatur equus brunus, dummodò aliquis equus inveniatur, etiamsi sit rufus, spadix, glaucus, albus, legatum valebit, *l. demonstratio* 17. §. 1. *ff. de cond. & dem.* §. *huic proxima inst. tit. de legat.*

4 In *l. legato* 37. §. 1. *ff. de leg.* 1. similiter intelligendum est, testatorem habuisse aliquos fundos, & lances: si enim nullum fundum haberet, inutile esset legatum, ut supra demonstratum est. Et quoniam Ulpianus ibi jungit legato fundi legatum lancis; idem jus esse puto in legato lancis, scyphi, tabulæ, & hujus generis: videlicet legatum non valere si nullas lances, scyphos, tabulas testator reliquerit: quia nimis vagum est, & late patens, incertum, indefinitum. L. Crassus Orator duos scyphos Mentoris manu cælatos emit sestertiis centum, ut refert Plin. *lib.* 33. *cap.* 11. hoc est, Philippeis aut nostris Scutis 2500. Martialis autem *lib.* 9 *ep.* 60.

*Asse duos calices emit, & ipse tulit.*

quæ ratio est unius assis ad centum millia assium. Idem de tabulis dicendum, quarum aliæ vilissimæ sunt, & prope nullius pretii, aliæ immenso pretio comparantur. Videndus de his Plinius *lib.* 35. *cap.* 10. & *seq.* Itaque magis distat lanx a lance, tabula a tabula, quam fundus a fundo, domus a domo.

5 Expositis hisce legibus ad rem redeamus. Incerta est stipulatio, quæ proponitur a Marcello in *l. qui insulam* 95. *ff. de V. O. Qui insulam fieri stipulatur, ita demum acquirit obligationem, si apparet, quo in loco fieri insulam voluerit; si & ibi insulam fieri interest ejus.* Idem tradit Ulpianus in *l.* 2. *vel* 3. quæ Scævolæ est, §. *si quis insulam ff. de eo quod certo loc.* Incerta autem est stipulatio, quia nonnisi certo in loco insula potest ædificari, & promissor posset eam ædificare, ubi nullam stipulanti afferret utilitatem: inventæ autem sunt hujusmodi stipulationes, vel obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest §. *alteri* 19. *instit. tit. de inut. stip.* quæ verba sumpsit Imperator ab Ulpiano in *l. stipulatio ista* 38. §. *alteri D. de V. O.* Idcirco in nostra lege Marcellus non solum requirit, ut appareat locus, sed etiam ut intersit stipulatoris, eo loco insulam ædificari.

Incerta quoque atque ideo inutilis est Institutio, in qua testator adjicere destinaverat conditionem, quam memoria lapsus, vel aliquo errore non adjecit *l. quoties* 9. §. *tantumdem D. de hæred. inst.* Eo magis si testamentarius addidit, vel detraxit, vel mutavit conditionem §. *idem tractat eod. l.* Nam omissio, & additio conditionis mutant naturam institutionis, & alia est institutio pura, alia institutio conditionalis. Illud singulare est, quod si ipse testator addit conditionem, quam nolebat, detracta conditione, valet institutio: plus enim scripsit, quam voluit: videtur ei incogitanti excidisse conditio: ergo sicut detrahitur, & pro non scripta habetur conditio impossibilis §. *impossibilis* 10. *instit. de hæred. instit. l.* 1. *ff. de condit. inst.* ita eadem ratione hæc etiam detrahitur *eod.* §. *tantumdem*: quia in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur *l. in testamentis* 12. *ff. de R. J.* 6

Non absimile est, quod tradit Paulus in *l. Clemens* 81. §. 1. *ff. de hær. inst.* inanem esse institutionem, si scripserit testator *qua ex parte me a Titio hæredem* 7

in-

*institutum recitassem, ex ea parte Sempronius hæres esto*, si postea nullum recitaverit testamentum. Non enim apparet, ex qua parte Sempronius sit institutus. Quamobrem nulla ex parte institutus est, ideoque hæres esse non potest, *l. item quod Sabinus* 17. §. *sed si asse ff. de hæred. inst.* Ibi: *si ita scripsisset expleto asse: ex reliqua parte hæres esto: quoniam cum nihil reliquum est, ex nulla parte hæres institutus est.* Ex nulla etiam parte hæres institutus est, si testator scripserit: *ex qua parte me Titius hæredem scripsit, Sejus hæres esto: vel hoc modo: ex his partibus, quas adscripsi.* si neque Titius scripsit hæredem testatorem; neque testator ullas partes adscripsit *l.* 2. *ff. de hæred. inst. & l. hoc articulo* 29. *ff. eod.*

8 Sed contrarium videtur respondisse Ulpianus in *l. si quis ita* 36. *ff. eod. Si quis ita scripserit: ex qua parte codicillis Titium hæredem scripsero, hæres esto: etiamsi pars in codicillis non fuerit adscripta, erit tamen hæres, quasi sine parte institutus*; ergo valet institutio ejus, qui sine parte fuit institutus.

Respondeo, quod utique valet institutio ejus, qui sine parte fuit institutus: illi partem assignat ipsa lex, videlicet si plures fuerint sine partibus instituti, singulis æquales partes §. *si plures* 6. *inst. tit. de hæred. inst. l. quoties* 9. §. *hæredes* 12. *ff. eod.* si plures assignatis partibus, unus sine parte fuerint instituti, feret hic, quod assi deest *l. item quod Sabinus* 17. *in princ. ff. eod.* lex enim supplet quod omisit testator: neque id arbitratu suo, sed ex præsumpta voluntate testatoris. Qui enim partes non adjicit; præsumitur voluisse partes æquales tribuere: & qui non totum assem distribuit, in parte vacante vocasse hæredem, quem deinceps instituit sine parte. Hoc & naturalis ratio dictat, & communis hominum consuetudo. Contra non valet institutio, quoties aliquis ex nulla parte est institutus, *d. l. item quod Sabinus* §. *sed si asse vers. aliter ff. de hæred. inst.* pugnant enim hæc inter se, ut sit hæres, & sit ex nulla parte.

9 Neque huic explicationi repugnat Ulpianus, neque secum ipse dissidet in *l.* 2. *in princ. ff. eod.* Ubi ait valere institutionem, si testator hæredes ita instituerit*: ex partibus, quas adscripsero*: quamvis postea nullas partes adscripserit. Etenim etiam hic hæredes sine partibus sunt instituti: non vero ex nulla parte: Cum enim testator partes non adscripserit, constat, eum partes non distribuisse: quando autem testator partes non distribuit inter hæredes, lex præsumit eum voluisse æquales partes habere, ut paulo ante diximus. Hoc amplius, idipsum præsumit etiam, cum dixit, *si partes adscripsero*: quasi duplici facta institutione; *ex quibus partibus adscripsero, si minus ex æquis.* In summa non adscriptis partibus a testatore semper lex præsumit eum voluisse partes fieri æquales, quod & in legatis obtinet *l. legata* 19. *in fin. ff. de leg.* 1. Excipe tamen institutionem, de qua supra diximus, cum testator hæredem instituit*: ex partibus adscriptis: vel vel ex partibus quas adscripsi.* Non potest enim hic præsumi voluisse fieri partes æquales, cum ipse jam partes fecerit, & quidem inæquales: nam si æquales partes fecisset, frustra adjecisset ex partibus adscriptis, cum etiam eo non adjecto ex æquis partibus hæredes forent. Non potest igitur lex præsumere, eum voluisse partes æquales habere hæredes institutos, cum refragetur voluntas testatoris declarantis, velle se eos hæredes ex partibus jam adscriptis *d. l.* 2. *in princ.* Ibi: *si voluntas defuncti non refragatur.* Igitur nulla ex parte possunt esse hæredes, non ex partibus adscriptis, quia ignoratur, quas partes testator adscripserit: non ex partibus, quas lex solet assignare, quia refragrante voluntate testatoris lex non assignat partes. Quocirca est omnino incerta institutio.

10 Idem constitutum fuit in legatis. Si

testator habitationem legavit libertis, quos in codicillis designasset, non valet legatum, si nullos postea designaverit *l. qui plures* 18. *D. de usufr. leg.* Incertum enim est legatum, non existente, cui datum intelligi possit. Animadvertendum autem est, quod legatum non valet, sive dixerit testator: quos designavi: sive; quos designavero, quoniam persona legatarii a lege suppleri non potest, sicut distributio partium. Lex enim nemini dat legatum, sed solum a defuncto datum confirmat *l. verbis legis* 120. *D. de V. S.* Id autem expressit elegantissimo exemplo Modestinus in *l. Titia* 34. *in princ. D. de leg.* 2. Ubi verba in futurum concepta erant *cum tot capita servorum tibi his codicillis legavero*. Cæterum si testator polliceatur se facturum aliquid, quod non pertineat ad substantiam rei legatæ, & non reddat incertam dispositionem, nec inutilem eam reddit. Testator civitati vicos reliquit habentes proprios fines, & promisit se alia scriptura significaturum eorum fines, & declaraturum formam certaminis, quam quotannis celebrari vellet, ac morte præventus non fecit. Respondit Papinianus in *l. cum pater* 77. §. *ult. D. de leg.* 2. nihilominus vicos deberi. Cum enim proprios fines haberent, ac propterea satis constet, quid legato contineatur, supervacuum est, fines a testatore significari, ut paulo ante de distributione partium diximus. Si nullos fines haberent, profecto legatum esset inutile, si non posset aliunde probari, quid legato contineretur. Hujus auctoritate responsi Justinianus in *l. penult. C. de instit. & subst.* sancit, valere institutionem, *ille hæres esto, secundum conditiones infra scriptas*, licet nullam conditionem infra scripserit: supervacuam enim esse pollicitationem conditionum, puramque esse institutionem. Contrarium videtur existimasse Marcellus in *l. quoties* 9. §. *tantumdem D. de hæred. instit.* Sed illa lex intelligenda est de testatore, cum destinasset hæredem instituere sub conditione, per errorem non adjecta conditione ipsum pure scripsit hæredem; non supplet lex in adjicienda conditione, sed solum in ea detrahenda, ut constat ex *d.* §. *tantumdem*. Facilius detrahitur conditio a lege quam adjicitur.

Idem & de die per errorem omisso 11 traditum a Papiniano in *l. ita stipulatus* 115. *in princ. ff. de V. O. Ita stipulatus sum*: te sisti in certo loco; si non steteris, quinquaginta aureos dare spondes? *Si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit, cum id ageretur, ut certo die sisteres; imperfecta erit stipulatio*:

Opponi potest text. *l. si finita* 15. §. *si vero* 1. *de damn. inf* & in *l. de die* 8. *in princ. ff. qui satisd. cog.* Resp. in prætoriis & in judicialibus stipulationibus dies adjicitur partium conventione: Si de eo non convenerit, a Prætore vel a Judice præfinitur juxta consuetudinem: supplet Prætor aut judex, quod deest necessariæ satisdationi, quam Prætor injungit: pendet enim ab ejus jurisdictione, non a voluntate contrahentium, ut stipulatio conventionalis *tot. tit. inst. de divis. stip. & ff. de pret. stipul.*

Quid si adjectus sit dies, intra quem 12 fieri non possit id, de quo convenit. Quidam Romæ moriens damnavit hæredem, ut Titio daret servos, quos Gadibus habebat, intra triduum a die mortis suæ. Alter heredem instituit sub conditione, si intra triduum a die mortis ipsi monumentum fecerit. Valet legatum *l. si mihi* 13. §. *si quis ff. de legat.* 1. Valet institutio *l. si ita* 6. *ff. de condit. inst.* Impossibilis enim conditio ab ultimis voluntatibus detrahitur *l.* 1. *ff. de cond. inst.* §. *impossibilis inst. de hæred. inst.* secus in contractibus. Qui Romæ stipulatur: hodie Carthagini dare spondes? Inutiliter stipulatur *l.* 2. §. *qui ita D. de eo, quod cert. loc. l. quoties* 24. *D. de oper. libert.*

Obstat Labeo in *l. insulam* 58. §. 1. 13 *D. locat.* Resp. quod ibi contrahentes tempus præfiniverant, intra quod opus fieri posse crediderunt, ut ibi indicat

La-

Labeo. Si opus intra tempus finitum non fuerit, vir bonus æstimare debet, an eo spatio temporis finiri potuerit. Si potuit, in id quod interest, conductor obligatur, sicut promisit. Si ne a diligentissimo quidem finiri potest, æquum non est eum, qui non fecit id, quod fieri non poterat, ad poenam obligari, *l. multa 6. D. de cond. & dem.* Valet igitur contractus, quia apparet contrahentes voluisse tempus præscribere, intra quod opus posset absolvi. Vid. *l. non solum 31. in fin. D. de O. & A.* quæ nodum solvit.

## CAPUT XV.

*Ad L. triticum 95. D. de verb. obl. & L. 1. C. de dot. promiss.*

### SUMMARIUM.

I *Incerta quantitas vitiat solas obligationes rerum, quæ numero, pondere, mensurave constant.*
II *Quæ in præfationibus concipiuntur, in stipulationibus repetita censentur.*
III *De re, quæ in stipulationem deducitur, tam stipulantem, quam promittentem convenire necesse est.*
IV *Quantitas rei certa debet esse in ceteris contractibus.*
V *In hæreditate & legatis.*
VI *Si quantitas ex post facto certa fiat, valet dispositio. & n.* VII.
VIII *Promissio dotis nulla est quantitate non adjecta, si quidem a muliere promissa sit.*
IX *Si vero promittatur a patre mulieris, valet, & pro modo ejus facultatum & dignitate mariti constituitur. & n.* X.

1 Succedit quæstio de incerta quantitate. Hæc autem duplex. Aliquando sola quantitas rei, quæ in obligationem deducitur, incerta est: aliquando præter incertam quantitatem, nec ipsa quidem res certo fuit demonstrata. Incerta quantitas vitiat solummodo obligationem rerum, quæ pondere, numero, mensura continentur, *l. ita stipulatus 115. in princ. D. de V. O. Imperfecta erit stipulatio, non secus ac si quod pondere, numero, mensura continetur, sine adjectione ponderis, numeri, mensuræ stipulatus essem.* Marcellus in *l. triticum 94. D. eod. Triticum dare oportere stipulatus est aliquis: facti quæstio est, non juris: igitur si de aliquo tritico cogitaverit, id est, certi generis, certæ quantitatis, id habebitur pro expresso: alioquin, si cum destinare genus & modum vellet, non fecit, nihil stipulatus videtur: igitur ne unum quidem modium.* Plura in hac lege sunt observanda. Primum, quod videtur hic a Marcello requiri, ut non solum quantitas tritici exprimatur, sed etiam qualitas, quam hic genus vocat: verum omissio qualitatis non obstat obligationi, *l. fidejussorem 52. D. mand. l. cum certum 4. D. de trit. vin. & ol. leg.* Marcellus genus dicit, ut arbitror, provinciam, regionem, quæ triticum produxit, unde Romam advehebatur: videlicet triticum Africanum, Thracium, Syrium, Italicum. Plin. *lib. 18. cap. 7. Tritici genera plura, quæ fecere gentes &c.* Sed nec omissio loci, aut gentis vitiat contractum: nam qui stipulatur vinum, frumentum, non adjecta qualitate, utiliter stipulatur, licet incerta sit stipulatio, ex qua non datur certi condictio, sed incerti, scilicet actio ex stipulatu, sicut etiam si adjecerit qualitatem & genus, veluti: *centum modios tritici Africani boni, l. ubi autem 75. §. 1. & 2. ff. de V. O.* Potest autem promissor, cum neque genus, neque bonitas adjecta est, etiam pessimum solvere, *d. l. fidejussorem*; ac ne quidem tenetur solvere illud genus, quod est in usu in ea regione, *d. l. 4. D. de trit. vin.* Cavendum autem est a glossa, quæ tritici nomine comprehendit quicquid in area teritur, exponitque verbum tritici *bladum, seges*. Falso. Triticum inde dictum, quod teratur ex spicis, ut putavit Varro *de ling. latina*: sed hoc nomen postea per excellentiam factum est

est proprium hujusce frumenti. Frumenti vero nomen generale est; id enim esse, quod arista se teneat, Gallus ajebat l. *frugem* 77. *ff. de V. S.* quamquam & hoc pro tritico plerumque accipitur, ut apparet ex Frumentaria Ciceronis in Verrem. Igitur genus tritici demonstrat, qui designat regionem, ubi progenitum: & in eodem sensu dicitur genus olei in *l.* 4. *ff. de trit. vin.*

2 Secundum, quod si ex conventione, cui firmandæ adjecta est stipulatio, vel ex præfatione, vel ex conjecturis appareat, de quo tritico cogitatum sit, id pro expresso habebitur: nam quæ in præfationibus concipiuntur, in stipulationibus repetita censentur *l. Titia* 134. §. 1. *ff. de V. O.* Nec obstat *l. quicquid adstringendæ. D. eod.* Nam id non pertinet ad ea, quibus investigari potest mens contrahentium: & ex quibus elici possit, valeatne, an irrita sit stipulatio. Nam etiam in stipulationibus, quid actum sit, inspiciendum est *l. qui usumfructum* 36. §. *stipulatus D. de usufr. l. in ambiguis* 96. *D. de reg. jur.* & ut potius valeat quam pereat stipulatio, est interpretanda, *l. quoties* 80. *D. de V. O.* Igitur si appareat, de quo tritico senserint & de quantitate, valet stipulatio, etiamsi in ea nihil fuerit expressum, Ex quo intelligitur *l. quidam* 7. *in princ. D. de trit. vin. & ol. leg.* Quidam hæredem damnaverat dare uxori suæ vinum, oleum, frumentum, acetum, mella, salsamenta, nec adjecit, quantum ex quaque re dari deberet. Valet legatum, & omne, quantum paterfamilias reliquisset, debetur. Id autem eo fit, quia non est incerta quantitas rei legatæ: nam cum testator de rebus suis disponit *l. verbis legis D. de V. S.* ibi: *rei suæ*, certa est summa vini, olei, & cæterarum rerum, quas habet: omnes enim legatæ videntur, ut omnes Jurisconsulti existimarunt contra Trebatium, qui putabat tantum legatum videri, quantum hæres dare voluisset. In utraque autem sententia certa est quantitas rei legatæ; non ex verbis testatoris, sed ex dispositione legis. Contra si summa esset omnino incerta, nec posset referri ad res a testatore relictas, ut eveniret, si nihil harum rerum reliquisset, ne sextarius quidem deberetur §. *sed etsi* 15. *inst. tit. de legat. l. si sic legatum* 75. §. 1. *D. de leg.* 1. *l. legavi* 25. *in fin. D. de liberat. leg.* & nostra *l. triticum*. Ibi: *ne unum quidem modium*.

Tertium, quod indiget explicatione, 3 est, quod Marcellus ait: *igitur si de aliquo tritico cogitaverit*. Cavendum, ne cui imponant hæc verba. Neque enim sufficit, ut de certo tritico cogitaverit solus stipulator; sed necesse est, ut de eodem cogitaverit etiam promissor. Stipulatio enim non solius stipulatoris voluntate constat, sed utriusque consensu conficitur, & de re, quæ in stipulationem deducitur, uterque conveniat necesse est *l. inter stipulantem* 83. §. 1. *D. de V. O.* Nec obstat text. in *l. si mihi & Titio* 110. §. *ult. D. eod.* Nam ibi uterque convenerat de veste muliebri: solum dubitabatur, an ea verba comprehenderent vestem muliebrem, qua promissor utebatur: & hanc quoque comprehendi responsum est, cum verba stipulatoris re ipsa eam comprehendant, maxime propter adjectionem illam; *quæcumque esset*, quæ demonstrant eam quoque stipulatorem stipulari voluisse. Promissor igitur, qui spondendo se obligat ad id omne, de quo fuit interrogatus, & voluntati stipulatoris obsecundat, non debet postea cavillari verba, dicendo se de ea veste non sensisse *l. quicquid* 99. *verf. nec rursum D. eod. l. non est ferendus* 12. *D. de transact.*

Exposita sic nostra lege, ea est aliis 4 legibus confirmanda. In aliis quoque contractibus, in hæreditatibus, in legatis, in ipsa dote regula illa servatur, Sine certa re & pretio nulla est emptio & venditio *l. nec emptio* 8. *D. de contr. empt.* Licet etiam fructus futuri emi possint,

Digitized by Google

sint, & jactus retis & captus ferarum *d. l. nec emptio in princ. & in §. 1. l. ex empto 11. alias d. emptorem in fin. de act. empt.* nam in his emitur alea, & quid in emptionem venerit, quamvis initio fuerit incertum, ex eventu certum fit. Societas quoque nulla est, si ex nulla parte coita sit. De hac id ipsum dicendum, quod de hæreditate diximus in superiore. Si Socii partes lucri damnique non definiverint, lex ipsa definit, & facit partes æquales *l. si non fuerint 29. ff. pro soc.* At si coita fuerit societas ex his partibus, quas Titius arbitrabitur, & Titius ante quam arbitretur, moriatur, nihil agitur *l. si coita 75. ff. eod.* quia ex nulla parte socii sunt: non ex æquis partibus, quoniam ab his recesserunt: non ex partibus a Titio assignatis, qui nullas partes assignavit.

5 De hæreditatibus satis luculenter diximus in superiore; addo nunc elegantissimum exemplum ab Ulpiano propositum in *l. ex facto 19. ff. de hered. inst.* Quidam hæredes instituit Titium & Cajum ex dodrante: postea adjecit: si Sejus hæres non erit, *Sempronius hæres esto.* Quæsitum fuit, an Sempronius hæres sit ex reliquo quadrante qui vacat. Respondit, Sempronium heredem non esse: *quia ei pars esset data, quæ nulla esset.* Ei enim datur pars Seji, cui fuit substitutus: Sejus autem nullam habet partem, cum non fuerit heres institutus. Conditio enim non disponit, *l. si quis sub condit. 8. ff. si quis omis. caus. testam. l. 1. §. sed etsi in fin. ff. ad leg. Falc. l. cum fiae 19. §. 1. ff. qu. di. leg. ced.* de legatis id constitutum in *l. si sic legat. 75. §. 1. ff. de leg. 1. Si mihi quod Titius debet, fuerit legatum, neque Titius debeat; sciendum est, nullum esse legatum: & quidem si quantitas non sit adjecta, evidenti ratione nihil debebitur, quia non apparet, quantum fuerit legatum.* Subjicit deinceps aliud simile exemplum: sicut & in *l. legavi 25. in fin. de liber. leg.*

Multæ tamen occurrunt in jure nostro 6
leges, in quibus contrarium est constitutum. In *l. Stichus 12. ff. de leg. 3. Stichus liber esto: ut eum hæres artificium doceat, unde se tueri possit, peto: Pegasius inutile fideicommissum esse ait, quia genus artificii adjectum non esset.* Deciditur tamen valere.

In *l. si cui annuum 14. D. de ann. leg. Si cui annuum fuerit relictum sine adjectione summæ, nihil videri huic adscriptum Mela ait.* Contrarium tamen probat Ulpianus.

In *l. cùm alimenta 22. in princ. ff. de alimen. l. cum alimenta per fideicommissum relicta sunt non adjecta quantitate*, valet fideicommissum.

In *l. quidam 30. D de leg. 2.* valet legatum relictum Reip. in tutelam vitæ reficiendæ; non adscripta summa.

Veteres interpretes, ut vim harum le- 7
gum declinent, confugiunt ad miserorum asylum, ad favorem Reip. ad favorem alimentorum. Sed hoc perfugio harum legum auctores non utuntur, ideoque nec nos uti debemus. Si accurate considerentur istæ leges, ex his depromitur hujusmodi regula. Quoties legatum est sine adjectione summæ, in id, quod certam impensam requirit, ita ut saltem ex postfacto certa fieri possit, valet legatum. Hac ratione utiliter legatur partus ancillæ, fructus nascituri; quia eventus, sicut suspendit legatum, quia incertus est; ita certum faciet, quid legato comprehendatur *l. 1. §. ult. D. de cond. & dem.* In legibus modo relatis controversia fuit inter veteres, an legata illa valesent: sed obtinuit sententia existimantium, valere: quia incertum facile & ex juris interpretatione ad certum redigitur. In *l. Stichus* artificium non designavit testator, sed demonstrat ætas pueri, conditio, natura, ingenium, quibus consideratis de artificio Prætor statuet *d. l in fin.* In *l. si cui 14.* summam præstandam indicat id, quod præstare solitus fuerat testator: si minus, ex dignitate personæ statui oportet pro mo-

Digitized by Google

modo facultatum *d. l. si cui in fin.* & *l. si quis a liberis* §. *si quis ex his ff. de agnosc. lib.* Eadem est ratio *l. cum alimenta*: nam & legatum annuum pro alimentis relictum censetur *l. quidam ff. de pact. dot.* & ideo initio ani præstanda sunt *l.* 1. *C. quand. di. leg. ced.* In *l. quidam* 30. certa est summa, quia tanta summa legata videtur, quanta vix resiciendæ sufficeret, nisi appareat aliam fuisse mentem defuncti, aut ex magnitudine ejus pecuniæ, aut ex mediocritate facultatum; tunc enim secundum æstimationem patrimonii, & legati quantitas definiri potest. Ergo in his, & similibus legatis incerta quidem initio quantitas esse videtur, sed ex post facto certa fit: & de his agitur in *l. si quando* 6. *ff. ut legat. nom. cav.* & ideo si fidejussores petantur, taxatio judicis est necessaria.

8 His expositis ad dotem veniamus, in qua eadem obtinent, licet dotium causa sit semper & ubique præcipua *l.* 1. *ff. sol. matrim.* Dilucide id sanxit Imp. Alexand. in *l.* 1. *C. de dot. prom. Frustra existimas actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi, nec præstita sit: cum neque species ulla, nec quantitas promissa sit: sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum, quod ea, quæ nubebat, dotem dare promiserit.* Cæcutiunt in hac lege explicanda veteres interpretes. Putant enim non valere hanc dotis promissionem, ne in eadem re duo specialia concurrant. Concurrerent autem duo specialia. Primum, quod contra jus commune valeret promissio incertæ quantitatis. Alterum, quod contra jus civile daretur actio ex nudo pacto. Falsa omnia. Falsum est, quod non possint concurrere duo specialia, saltem in dote. Hanc regulam falsam esse demonstrat *l. un. C. de rei ux. act.* In ea ad minimum tria constituuntur singulariter in dote a juris regulis abhorrentia: quod dos promissa per stipulationem fuisse fingatur, etiamsi stipulatio non intervenerit: quod detur actio ex stipulatu, etiamsi dos certa sit: quod actio ex stipulatu sit bonæ fidei. Falsum, quod in laudata *l.* 1. agatur de dote promissa nudo pacto: id falsi arguunt verba illa: *sed hactenus nuptiali instrumento &c. Cum scriptum est in instrumento promisisse aliquem: perinde habetur atque si interrogatione præcedente responsum sit.* Ita Imperator noster in §. *si scriptum inst. tit. de inut. stip.* quæ verba sumpsit a Paulo *lib.* 5. *sent. tit.* 7. qui idem magis generaliter affirmat in *l. Titia* 134. §. 2. *D. de V. O.* ea ratione, quæ traditur in *l. sciendum* 30. *D. eod.* Plane si certum est valere promissionem dotis incertam, ut ajunt ex *l. cum post.* 70. §. *si gener. D. de jur. dot.* sequitur, ut unica ratio, qua fit, ut non valeat ibi dotis promissio, ea sit, quod facta fuerit nudo pacto. Cur igitur id referre omisit Imperator, & solummodo exposuit incertam dotem fuisse promissam? Causam, ob quam decernere non poterat, id, quod decrevit, diligenter explicavit: causam, ob quam decernere debebat id, quod decrevit, penitus prætermisit: imo usus est verbis contrarium exprimentibus. Profecto nihil dici potest absurdius.

At enim in *l. cum post divortium* 70. 9
§. *gener D. de jure dot.* Papinianus contrarium respondit. *Gener a socero dotem arbitratu soceri certa die dari, non demonstrata re, vel quantitate stipulatus fuerat: arbitrio quoque detracto stipulationem valere placuit*: Miror plerosque Doctores a vero aberrasse, cum ipse Papinianus dilucide explicet sententiam suam, & quod opponi poterat, refutet. Ait enim hanc promissionem non esse similem stipulationi fundi incerti; *quia dos pro modo facultatum patris, & dignitate mariti constitui potest*: hoc est, quod fundo non demonstrato incerta est, & inutilis stipulatio: promissio dotis a socero facta genero, certa est, & utilis, quia pro modo facultatum patris, & dignitate mariti constituenda est. Quoties rei quantitas, vel ex qualitate ipsius rei, vel ex adjunctis, vel legis interpreta-

ta-

tatione certa fieri poteſt, etiamſi a teſtatore vel contrahentibus certo non fuerit demonſtrata, tamen incerta non eſt, nec actum vitiat, ut paulo ante pluribus exemplis oſtendimus. Noſtræ quæſtioni accommodatiſſimum eſt exemplum propoſitum in *l.* 1. §. 1. *ff. de leg.* 2. Legatum erat pupillo arbitrio tutorum: ait Ulpianus, quod legatum valet, & purum eſt, ac certum, quia in teſtamentis alterius arbitrium pro arbitrio boni viri accipitur: *quod injectum legato velut certam quantitatem exprimit, pro viribus videlicet patrimonii*. Facit ad rem *l. fideicommiſſa* 11. §. *quamquam* 7. *D. de legat.* 3. Quantitatem dotis promiſſæ certam facit tum perſona patris, tum natura dotis. Pater L. Julia tenetur filiæ dotem dare *l. Capite* 19. *D. de ritu nupt. l. ult. verſic. neque enim legat. C. de dot. promiſ.* Pater igitur dotem pro filia promittens *veluti certam quantitatem exprimit*, id eſt, quantitatem a lege præſcriptam. Scilicet pro modo facultatum patris, & pro dignitate mariti *d.* §. *gener in fin. &* §. *ſeq.* Multo aliter ſe res habet, cum dotem promittit mulier ipſa, aut extraneus pro ea. Hi plenum arbitrium habent dandi, vel non dandi dotem. Poſſunt vel grandem vel tenuem, vel nullam dotem conſtituere. Itaque ſi dotem promiſerint non adjecta ſpecie, neque quantitate, incerta eſt omnino promiſſio, & inutilis, quia poſſent eam conſtituere in re, quæ nullam afferret marito utilitatem: poſſent vel nummum, vel aſſem dare. Similis eſt igitur hæc promiſſio, domus vel fundi promiſſioni, domo fundove non demonſtrato. Sicut enim illa eſt inutilis, quia arbitrio hominum conſtituuntur parvi, magnive, ut diximus in ſuperiore: ita & dos, quæ hominis arbitrio conſtituitur, inutiliter promittitur, non demonſtrata ſpecie, vel quantitate *d. l.* 1. *C. de dot. promiſſion.* Inter fundum autem, & dotem a patre promiſſam magna eſt differentia, ut ait Papinianus in *d.* §. *gener*: quia ea a lege præſcribitur, ac definitur. Nihil igitur hic ſpeciale dos habet, ut plerique ſomniarunt.

---

## CAPUT XVI.

### *Ad L. quoties* §. 2. *& ſeqq. ff. de hered. inſtit.*

### SUMMARIUM.

I *Error in quantitate actum non vitiat; at voluntas agentis ſervatur etiam contra ſcripturam. Exempla in hæreditate.*
II *Et in legatis;* & *n.* III.
IV *Contractus vitiat error in corpore, non autem in qualitate, præter emptionem & venditionem.*
V *Error in quantitate pretii vitiat emptionem & venditionem.*
VI *Emptori & venditori licet ſe decipere in juſto pretio.*
VII *Qui in pretio circumvenitur, non errat in pretii quantitate.*
VIII *Error quantitatis non facile obrepit, niſi res certo loco circumſcripta in obligationem deducatur. Si obrepat, valet ſtipulatio in id, quod ineſt.*
IX *Verba, quæ ad præſens, non ad futurum tempus referuntur, non ſuſpendunt obligationem.*
X *Verba, quæ conditionis ſpeciem habent, quandonam vere conditionem faciant.*
XI *Duabus ſcripturis diverſas ſummas exprimentibus potior eſt ea, quæ minorem ſummam continet, tam in contractibus, quam in ultimis voluntatibus.* & *n.* XII.
XIII *Quid juris ſi diverſæ ſcripturæ inter ſe pugnantes in judicio exhibeantur,* & *n.* XIV. XV.
XVI *Actor poteſt ſcripturam jam editam retractare, & in alia intentionem ſuam fundare.*

PLures aliæ de quantitate quæſtiones 1
exiſtunt. Prima eſt de errore in quantitate, an irritum faciat actum: & quantum debeatur, ſi actus jure ſubſiſtit: Error in quantitate non impedit, quominus valeat actus: & voluntas agentis ſervatur etiam contra ſcripturam. Traditum id de hæreditate in *l. quoties* 9. §. *ſed ſi non* 2. *ff. de hered. inſtit. Sed ſi* non

*non in corpore erravit, ſed in parte ( puta, ſi cum dictaſſet, ex ſemiſſe aliquem ſcribi, ex quadrante ſit ſcriptus ) Celſus libro duodecimo quæſtionum ait poſſe defendi ex ſemiſſe heredem fore: quaſi plus nuncupatum ſit : minus ſcriptum: quæ ſententia reſcriptis adjuvatur generalibus. Idemque etsi ipſe teſtator minus ſcribat, cum plus vellet adſcribere*. Et in §. *ſeq. ſed si majorem adſcripſerit teſtamentarius ( vel quod difficilius eſt probatione) ipſe teſtator, ut pro quadrante ſemiſſem : Proculus putat ex quadrante fore heredem, quoniam ineſt quadrans in ſemiſſe*. Nota hic veteres Juriſconſultos non ſemper ejus, quod ſtatuunt, potiſſimam afferre rationem: ſed interdum eam, quæ patet; & in promptu eſt omnibus, reconditiore, veraque prætermiſſa. Neque enim præcipua, & unica ratio eſt, quod inſit quadrans in ſemiſſe. Si hoc eſſet, quando per errorem ſcriptus eſt in quadrante, cum ſcribendus eſſet in ſemiſſe, non eſſet heres in ſemiſſe; quoniam non ineſt ſemis in quadrante. Igitur potiſſima ratio eſt, quæ utrumque errorem complectitur: quod error in corpore, & in eo quod rei ſubſtantiam afficit, actum vitiat: laudata *l.* 9. *in princ. & in* §. 1. *l. ſi quis in fundi* 4. *ff. de leg.* 1. *l. in venditionibus* 9. *ff. de contr. empt. l. continuus* 137. §. 1. *ff. de V. O.* error autem in quantitate non vitiat, ut modo probare aggreſſi fuimus. His conſequens eſt, argumentum, quod ducitur ab expreſſa legis ratione, non ſempet validum eſſe. Illud etiam monendum, quod hic error perſpicue, & indubitate probandus eſt: alias ſcripturæ ſtandum erit: itemque ſi ſcripſerit ipſe teſtator, probatio certior eſt neceſſaria: ibi: *quod difficilius eſt probatione*.

2 De legato teſtatur Paulus in *l. qui quartam* 15. *ff. de leg.* 1. *Qui quartam partem bonorum legare voluit, dimidiam ſcripſit. Proculus recte ait defendi poſſe quartam legatam: quia ineſt dimidiæ. Idem erit ſi quinquaginta voluit legare, & centum ſcripta ſint: quinquaginta enim debebuntur. Sed & ſi plus legare voluit, & minus ſcripſit, valebit legatum*. Idem tradit Ulpianus in *l. quoties* 9. §. *ſed etſi quis* 4. *ff. de hered. inſtit. Sed etſi quis centum pro ducenta per notam ſcripſiſſet, idem juris erit: nam & ibi utrumque ſcriptum eſt, & quod voluit, & quod adjectum eſt*; quæ ſententia non eſt ſine ratione. Obſerva verba illa, *per notam*: veteres quoque per notas ſcribebant pecuniæ ſummam, ſicut & nos ſcribimus; ſed notæ veterum diverſæ erant a noſtris cifris, quibus hodie utimur; eas vide apud Mæcianum. Cum ſumma per notam ſcribitur, facilius erratur: ideoque leviores probationes ſufficiunt ad errorem probandum.

De liberatione legata elegans eſt exem- 3
plum in *l. non ſolum* 7. §. *ſed ſi debitorem ff. de liber leg. Sed ſi debitorem decem, damnatus ſit heres viginti liberare: idem Julianus ſcribit libro trigeſimo tertio, nihilominus & eſſe liberandum decem: nam & ſi ei viginti accepto ferantur, in decem liberabitur*. Vides hic aliam afferri rationem: quia liberari non poteſt in ea ſumma, cujus debitor non eſt.

In contractibus etſi non facile poteſt 4
hic error obrepere, cum contractus non unius tantum voluntate conſtent, ſed & duorum, pluriumve conſenſu *l.* 1. *ff. de pactis l. inter ſtipulantem* 83. §. 1. *ff. de V. O.* tamen ſi error aliquis intervenerit, nihil valet contractus, *l. in omnibus negotiis* 57. *ff. de oblig. & act.* Errantis enim nullus eſt conſenſus, *l. ſi per errorem ff. de juriſd.* Sed hoc intelligendum eſt de errore in corpore ſubſtantiaque rei. Nam error in qualitate, materiaque non vitiat, *l. ſi cum aurum* 22. *ff. de V. O. l.* 1. *ff. de pign. act. l. cum es* 20 *ff. de furt.* præter emptionem, *l. in venditionibus* 9. *l. quid tamen* 13. *in fin. ff. de contr. empt.* quia, cum in emptionem certum pretium interveniat, quod rei debet peraqua proportione reſpon-

ſpondere, contrahentium intereſt, emptionem non valere, ac propterea, qui ex ea re damnum paſſurus eſt, omnino diſſenſiſſe præſumitur errore deceptus, quoties materia eſt omnino diverſa. Tenetur tamen venditor, quanti intereſt emptoris fuiſſe deceptum *l. si ſterilis* 21. §. *quamvis ff. de act. empt.* ſicut tenenetur etiam in aliis contractibus *d. l. si id quod aurum* 22. *ff. de V. O.* Sed hæc accuratius expendere ad propoſitam quæſtionem nihil attinet.

5 De errore in quantitate quid dicendum? Enimvero emptionem ſecundum ea, quæ modo dicebamus, ſi in quantitate pretii fuerit erratum, arbitror non valere. Movet me auctoritas Ulpiani in *l. in venditionibus in princ.* ibi: *Cæterum ſive in ipſa re diſſentiant, ſive in pretio, ſive in quo alio, emptio imperfecta eſt*. In re ipſa multis modis errari poteſt, ſcilicet in rei corpore, in materia, in qualitate, in nomine, ut diſtinguituri in §§. 2. *ſeqq.* & in quinque *ll. ſeqq.* In pretio erratur ſolummodo in quantitate. Error igitur in quantitate pretii irritam, & imperfectam facit emptionem: non conſentit enim, qui errat; ac nihil conſenſui eſt tam contrarium, quam error *l. ſi per errorem ff. de juriſd.* Moveor etiam, quod in hoc contractu pretium certum eſſe debet §. 1. *inſt. tit. de contr. empt.* & quod *empti fides ac venditi ſine quantitate nulla eſt l. empti* 9. *C. eod.* Idem dicendum eſt de locatione, in qua ad ſimilitudinem emptionis certa merces conſtitui debet in pecunia numerata, *inſt. tit. de locat. & cond. in princip.* & *in* §. 1. & *l. ſi convenerit* 23. *ff. com. divid. quæ enim locatio eſt, cum merces non intercesſerit, l. ſi merces* 25. *in princ. ff. locat.*

6 Opponi poteſt, quod naturaliter licet contrahentibus ſe decipere, *l. in cauſæ* 16. §. *idem Pomponius ff. de minor. l. item ſi pretio* 22. *in fin. ff. locat.* & valet emptio & venditio, etiamſi plus minusve juſto pretio res venierit *l. ſi voluntate* 8. *C. de reſc. vend.* Hoc amplius, nec ſi emptor plus quam in dimidio juſti pretii fuerit circumventus, irrita proinde dici poteſt venditio. Nam ſi irrita eſſet ac nulla, reſcindi non poſſet *l. nam etsi* 5. *ff. de injuſt. rupt.* Reſcinditur autem *l. 2. & l. 8. C. de reſcin. vend.*

7 Fallax eſt hujuſmodi argumentum. Longe diſcrepant: decipi & circumveniri in quantitate pretii, & errare in conventione pretii. Qui circumvenitur in pretio ſtatuendo, vilius quidem vendit, aut carius emit, quam juſto pretio; ſed tamen certum pretium ſtatuit: de certo pretio convenit inter emptorem, & venditorem, uterque in eo definiendo conſentit. *Emptor viliore comparandi, venditor cariore diſtrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedunt: vixque poſt multas contentiones paulatim venditore de eo, quod petierat detrahente, emptore autem huic, quod obtulerat addente, ad certum conſentiunt pretium*. Sunt verba Imperatorum in *l. voluntate* 8. *C. de reſcind. vend.* quibus ſubjiciunt, neque bonam fidem, neque ullam rationem pati hunc contractum conſenſu finitum reſcindi, niſi minus dimidia juſti pretii datum ſit. Contra, qui errant in quantitate pretii, in certum pretium non conſentiunt, ſed alter ut puta ſentit de decem, alter de viginti: ideoque contractus non eſt conſenſu finitus, nec poteſt valere quemadmodum ſi de alia re venditor, de alia emptor ſenſerit *l. inter ſtipulantem* 83. §. 1. *l. continuus* 137. §. 1. *ff. de V. O.* §. *ſi de alia* 22. *inſt. tit. de inut. ſtip.*

9 In aliis contractibus, ut paulo ante diximus, non facile error quantitatis obrepit, niſi forte res certo loco circumſcripta in obligationem deducatur. Exemplum proponit Africanus in *l. ſi ſervus legatus* 108. §. *qui quinque* 10. *D. de leg.* 1. Qui quinque in arca habebat, Ita legavit, vel ſtipulanti promiſit: decem quæ in arca habeo: & legatum, & ſtipulatio valebit. Ita tamen, ut ſola quin-

que vel ex stipulatione, vel ex testamento debeantur. Valet igitur stipulatio in quinque, quia non tam quantitas, quam certum illud corpus pecuniæ, quod in arca est, in stipulationem deducitur, reliqua autem quinque, quæ in arca non sunt, quodammodo constituunt corpus, quod in rerum natura non est, ac propterea in illis non potest contrahi obligatio *d. l. verſ. nam quodammodo*.

9 Contrarium videtur respondisse Papinianus in *l. si ita stipulatus* 120. *ff. de V. O. Si ita stipulatus fuero: hanc summam centum aureorum dare spondes? & si maxime exaudiatur hic sermo: si modo centum aureorum est; non facit conditionem hæc adjectio, quoniam si centum non sint, stipulatio nulla est; nec placuit instar habere conditionis sermonem, qui non ad futurum, sed ad præsens tempus refertur*.

Sed non ita est. Papinianus hic non quærit, an proposita stipulatio valeat nec ne; sed an sit conditionalis; scilicet an verba illa conditionem faciant. Respondet, quod non, etsi ea interpretemur; *si modo centum aureorum sit*: quæ verba speciem quidem, & figuram conditionis habent, non tamen habent vim, & potestatem conditionis, cum ad præsens, non ad futurum tempus referantur; atque adeo non suspendant obligationem, sed statim nulla sit stipulatio, si centum aureorum non sit. Idque traditum est etiam in *l. conditio* 100. *ff. eod. in l. cum ad præsens* 37. *& seq. ff. de reb. cred.* quarum secunda est ejusdem Papiniani *l.* 3. *§. si tamen ff. de bon. libert. §. conditiones inst. tit. de V. O.*

10 Illud potest esse dubium, quod non decidit Papinianus, quandonam contrahentes ea mente contraxerint, ut vellent valere stipulationem solummodo si summa illa sit centum aureorum. Negari non potest verba illa ambiguum continere, ac proinde in illis interpretandis adhibendas esse regulas, quas postmodo trademus, cum agemus de ambigua voluntatis interpretatione. Nunc illud tantummodo statuo, quod si stipulatio adhibeatur ad confirmandum actum, quem error quantitatis irritum facit: veluti emptionem, & venditionem: præsumi debet verbis illis significari: *si modo centum aureorum sit*. Sed etsi contractus non sit irritus, veluti si differentia sit in accessorio, ut in *l. si venditor* 38. *in princ. ff. de act. emp.* & in *l. si emptione* 34. *in princ. ff. de contr. empt.* stipulatio integram summam continebit, & omne id, quod venditor fuerit stipulatus, ut in laudatis legibus. Quod si stipulatio donationi, vel legato accesserit, eam summam, quæ designata, ac demonstrata fuit, continebit, etiamsi centum aureorum non sit *d. l. si servus* 108. *§. qui quinque* juncta *l. si legati* 56 *ff. de leg.* 1.

11 Hic autem suboritur alia quæstio. An si duæ sint scripturæ super eodem actu, in quibus diversæ summæ exprimantur, nec appareat error, altera alteram impediat; aut, quæ potior habenda sit. Satis constat, tam in contractibus, quam in ultimis voluntatibus præferri, & esse potiorem scripturam, quæ minorem summam continet, quia inest minor summa majori *l. quoties* 9. *§. sed si majorem ff. de hered. inst. l. si ita scriptum* 14. *ff. de leg.* 1. ac præsertim in contractibus, in quibus semper in summis id quod minus est spondere videtur *l. inter* 83. *§. diversa ff. de V. O. l. si ita* 109. *ff. eod. & l. si ita* 12. *ff. eod. L. inter eos* 51. *in princ. ff. de fidejuſ.*

In legatis exemplum optimum refert 12 Proculus in *l. Sempronius* 47. *ff. de leg.* 2. *Binæ tabulæ testamenti eodem tempore exemplarii causa scriptæ, ut vulgo fieri solet, ejusdem patrisfam. proferuntur. In alteris centum, in alteris quinquaginta aurei legati sunt Titio. Quæris, utrum & quinquaginta aureos, an centum dumtaxat habiturus sit. Proculus respondit, hoc casu magis heredi parcendum est: ideoque utrumque legatum nullo modo debetur, sed tamtummodo quinquaginta*

*ginta aurei*. Nepos, qui Proculum interrogavit, non dubitabat saltem centum deberi: scilicet majorem summam: solum quærebat, an utraque summa deberetur. Proculus respondit nec utramque summam, nec majorem deberi, sed minorem dumtaxat. Recte, quod enim exigujus, id præstandum *l. si ita sit adscriptum in fin.* 14. *ff.* de *leg.* 1. qua utrumque docemur, & quod cum agitur de dando legato, quod minus est, datum videtur, & cum de adimendo, quod majus est, videtur ademptum. Ibi: *Si post legata sæpius adscripta, idem hoc subjecit: semel præstari velle, & hoc ante impletum testamentum fecerit: ipso jure videri cætera legata adempta. Sed quod magis erit ademptam? non enim apparet, & ait posse dici exiguius præstandum*.

13 Contrarium statuendum, si in judicio ab una eademque parte fuerint editæ duæ diversæ scripturæ, diversas summas continentes, vel aliorsum discrepantes: nam sibi invicem derogant fidem, & neutra probationem facit, *l. scripturæ C. de instrum*. Sibi enim imputare debet, qui inter se pugnantia edidit: debebat ea, prius quam ederet, diligenter expendere, *c. imputari* 13. *de fide instram.* & scire debebat, quod ex duobus inter se pugnantibus neutrum ratum est, *l. ubi pugnan-*
14 *tia* 188. *ff. de R. J.* Quod si a diversis partibus profetantur, quæstionis est, an probationem faciant: non facere vetius puto per text. in *d. l. ubi pugnantia*. Quid enim causæ est, cur uni potius, quam alteri judex fidem habere debeat, cum altera alteri fidem deroget *d. l. scripturæ*, & ut recte Paulus ait in *l. duo sunt Titii* 30. *ff. de testam. tut. non jus deficit, sed probatio*: & ideo neu-
15 tra est attendenda. Hoc interest meo judicio, inter editionem factam ab una eademque parte, & editionem factam a diversis partibus, quod in prima diversæ scripturæ sibi invicem fidem derogant, sive ejusdem sint potestatis, sive altera sit altera potentior: quia cum per editionem utraque ab edente fuerit approbata, consequens est, utramque easdem vires habere quoad edentem, eamdemque probationem facere: isque sibi imputare debet, quod edendo utramque similiter approbaverit. In secunda, si diversæ scripturæ non sint ejusdem potestatis, veluti si concurrat scriptura privata cum instrumento publico: si una ex illis aliquo adminiculo, vel conjectura corroboretur: judex potiori scripturæ fidem præstare debebit, quæ plenam, atque perfectam probationem facit.

Quod si actor prius ediderit aliquam 16 scripturam, & deinceps, cum aliam de novo invenerit, cognito errore priorem retractaverit, puto audiendum esse, si in hac posteriore intentionem suam fundare velit, per text. in *l. edita actio* 3. *C. de edend. juncta l. si mihi* 12. §. *in legatis* 3. *ff. de leg.* 1. Ibi: in *legatis novissimæ scripturæ valent, quia mutari causa præcedentis legati, vel die, vel conditione, vel in totum ademptione potest*. Eadem prorsus obtinent in editione actionis. In reo autem id est indubitatum, qui pluribus exceptionibus diversis ad se defendendum uti potest, & contraria etiam pro se allegare *l. is qui dicit* 5. *l. nemo* 8. *ff. de except. l. nemo in his* 40. *ff. de R. J. c. nullus* 120. *de R. J. in* 6.

## CAPUT XVII.

### *Ad L. Semper in obscuris* 9. *D. de reg. jur.*

### SUMMARIUM.

I *In obscuris, quod minimum est, sequi debemus.*
II *Hæc regula locum habet, si alia ratione voluntatem explicare non possimus.*
III *Exempla in stipulationibus.*
IV *In legatis.*
V *In sententiis.*
VI *Sententia pro privilegiario & pro paupere*
non

*non præfertur sententiæ contra pauperem, seu contra privilegiarium.*

VII *Fiscus nullum privilegium habet, ut sententia pro eo præferatur sententiæ contra eum.*

VIII *Fiscus apud Romanos plerumque pecuniæ inanis erat. & n.* IX.

X *Pauper & dives in judicio pares sunt.*

XI *Boni Principes populo subvenire volebant magis quam fisco prodesse.*

XII *Sententia judicis dati expectat executionem a Magistratu.*

XIII *Exponitur L. in lege 29. ff. loc.*

XIV *Explicatur L. si ita 43. in princ. ff. de leg. 2.*

XV *Verborum propria significatio demonstrat testatoris voluntatem.*

1 QUod de duabus scripturis diversa continentibus dicebamus in superiore, præferendam esse eam, quæ minorem summam continet: id generatim enunciat, & pro regula habet Ulpianus in *l. semper in obscuris 9. ff. de R. J. semper in obscuris id, quod minimum est, sequimur*. Hanc generalem enuntiationem latius explicare operæ pretium est.

2 Ante omnia admonendum est, ad hanc regulam dirigendam esse voluntatis interpretationem tantummodo in obscuris, cum neque ex consuetudine patrisfam. neque ex consuetudine regionis, neque ex contextu contractus, vel testamenti possit apparere, quid actum fuerit *l. nummis 75. ff. de leg. 3. l. semper in stipulationibus* 34. *ff. de R. J.* Igitur si aliqua ratione possimus expiscari voluntatem disponentium, ad hanc regulam non est confugiendum, quoniam non sumus in obscuris, cum probari potest, quæ fuerit voluntas testatoris, quid actum inter contrahentes.

3 Cæterum si de voluntate non constet, id, quod minimum est, sequi debemus, tum in stipulationibus: tum in legatis: tum etiam in sententiis. In stipulationibus id præcipit Ulpianus in laudata *l. semper* 34. *ff. de R. J.* Ratio est, quia propensiores esse debemus ad liberandum, quam ad obligandum *l. Arrianus* 47. *ff. de obl. & act.* eademque ratione faciliores ad minuendam, quam ad augendam obligationem: debitori enim magis quam creditori favere consentaneum est humanitati, atque innatæ hominis erga hominem benevolentiæ. His efficitur, ut si quis duo disjunctim stipuletur, hoc, aut illud, debitoris sit electio, utrum præstare malit *l. plerumque* 10. *in fin. ff. de jur. dot. l.* 2. §. *Scævola*, *alias l.* 3. *in princ. ff. de eo, quod cert. loc. L. ubi autem* 75 §. *qui illud aut illud ff. de V. O.* Hinc est, quod si quis stipulanti promittat decem, aut quinque: sola quinque debeat: & si promittat calendis Januariis, aut Februariis, debeat calendis Februariis *l. si ita stipulatus fuero* 12. *ff. de V. O.* quia certum est, debitori magis expedire solvere quinque, quam decem, & calendis Februariis, quæ remotiores sunt, quam Januariis: ideoque præsumitur initio elegisse minorem summam, & remotius tempus; atque ita se obligare voluisse, perinde, ac si quinque tantummodo promisisset, itemque calendis Februariis. Est & aliud ad hanc regulam pertinens exemplum in *l. cum qui ita* 56. *in princ. ff. de V. O.* Quidam stipulatus est sibi, & Titio decem dari. Non utrique decem debentur, sed communiter una decem tantummodo: sicut qui decem legat Titio & Sempronio, intelligitur una decem communiter legare.

In legatis id occurrit multo frequentius: cum enim unius, ejusque defuncti voluntate constent, sæpe dubium, incertumque est, quid, quantumque legare voluerit. Simile superiori exemplo stipulationis profert Pomponius in *l. si ita relictum* 43. §. *ult. ff. de leg.* 2. *Si ita scriptum sit: decem aut quindecim hæres dato: pro eo est, ac si decem sola legata sint: aut si ita sit: post annum, aut post biennium hæres dato: post biennium videtur legatum; quia hæredis esset potestas in eligendo*. Hoc ipsum docet de stipulatione in *l. si ita stipulatus* 12. *ff. de V. O.* 4

Aliud exemplum legati proponit in eadem *l.* 43. *in* §. 1. *Quod si ita fuerit: quan-*

*quantum unus hæres habebit, tantum Tithasso hæredes meos dare volo: minor pars erit accipienda, quæ venit in legato.*

Non absimile est legatum expositum a Labeone in *l. qui concubinam* 29. §. 1. *ff. de leg.* 3. *Titia hæres mea tantam partem habeat; quantulam unus hæres. Quintus Mucius, & Gallus maximam partem legatam putabat: contra Servius, Ofilius, Labeo minimam, quia in potestate heredis esset, quam partem daret*: & hoc verum esse Javolenus ait.

Ulpianus in *l. cum servus.* 39. §. *Sejo* 6. *ff. de leg.* 1. Qui duos fundos Cornelianos habebat, legavit fundum Cornelianum: minorem legatum respondit, si majorem non potuerit docere legatarius.

Idem respondit nummis indistincte legatis, receptum esse, ut exiguiores legati videantur in *l. nummis* 75. *ff. de leg.* 3.

5 In sententiis tam judicum, quam arbitrorum idem jus est *l. inter pares* 38. §. 1. *ff. de re jud. Si diversis summis condemnent judices, minimam spectandam esse Julianus scribit.* Inter pares enim numero judices prævalet sententia, quæ reo favet *d. l. in princ.* etiam in criminalibus *d. l.* Quamobrem si in querela inofficiosi testamenti pars Judicum pro testamento: pars contra testamentum judicaverit, spectanda est sententia secundum testamentum, quæ hæredi, scilicet reo favet *l. si pars* 10. *ff. de inoffic. testamen.* Ratio petenda a Paulo, qui *lib.* 4. *sentent. tit.* 12. §. 5. *inter pares enim sententias clementior severiori præfertur: & certe humanæ rationis est favere miserioribus, & prope innocentes dicere, quos absolute nocentes pronunciare non possumus.* & a Quintil. *declam.* 254. *Lex jubet eos absolvi, qui pares sententias tulerint. Imputabitis istud publicæ misericordiæ. Imputabitis humanitati.* Videndus etiam Senec. *epist.* 82. Idem jus in arbitriis *l. diem* 27. §. *si plures ff. de recept. arbit. Si ex tribus arbitris unus quindecim, alius decem, aut quindecim hæres dato: pro eo est, ac si decem tertius quinque condemnet. Julianus quinque, scribit, debere præstari, quia in hanc summam omnes consenserunt.*

Non possum tamen assentiri illis, qui 6
extendunt dictam *l. inter pares* ad omnes, qui gaudent aliquo privilegio, imo etiam ad pauperes: & ajunt sententiam pro paupere prævalere sententiæ pro divite. Quod enim ait in laudata lege Paulus, in liberalibus causis, prævalere sententiam pro libertate: non potest trahi ad consequentia: tum quia libertas est favorabilior omnibus causis *l. libertas* 122. *ff. de R. J.* & in dubio semper pro libertate respondendum est *l. quoties* 20. *ff. eod.* & ideo ad alias causas trahi non debet *l. quod vero cum seq. ff. de legib.* tum maxime, quia cum non satis esset favor: quo libertatem jura prosequuntur, ad inducendum hoc privilegium, necessariæ fuerunt duæ constitutiones, quæ hoc jus singulare ipsi tribuerent, quarum prima fuit lex Junia Petronia, de qua in *l. lege Junia* 14. *D. de manum.* altera constitutio D. Pii, de qua in *d. l. inter pares D. de re judic.*, ac propterea ad alia trahi non debet, nec produci potest, *l. quod contra* 141. *D. de R. J. l. in omnibus in* 68. *D. eod. d. l. quod vero cum seq. D de legib.* Hoc amplius, in laudata *l. inter pares*, proponit regulam generalem, præferri sententiam pro reo: excipit solummodo causam libertatis ex constitutione D. Pii: ergo omnes aliæ causæ continentur in regula generali secundum Neratii responsum in *l. quæsitum* 11. §. *idem respondit* 43. *vers. denique Neratius D. de inst. vel instrum. leg.* nec solum causæ civiles, sed etiam criminales in *d. l. inter pares.*

Nituntur illi auctoritate Modestini in 7
*l. non puto* 10. *D. de jur. fisc. Non puto delinquere eum, qui in dubiis quæstionibus contra fiscum facile responderit.* Fiscus autem est dives, inquiunt, ergo in dubiis quæstionibus pro paupere contra

Digitized by Google

tra divitem respondendum est. Inepta sane conclusio ex inepta consecutione. Num is, qui cum fisco litigat, necessario pauper est? Annon potest cum fisco litigare etiam locupletior fisco? Certe facilius cum fisco litigat dives, quam pauper. Cur non potius ita concludendum est? Fiscus maximis gaudet privilegiis, sed hæc privilegia ipsi non prosunt, ut præferatur aliis quoad sententiam Judicis: ergo ea multo minus prodesse possunt aliis privilegiariis. Falsum est igitur, quod inter pares sententias præferenda sit ea, quæ favet privilegiario. Enimvero si in hac lege ageretur de paribus sententiis, evidens esset argumentum: sed vere de quæstione agitur longe diversa; scilicet an delinquat, qui facile in dubiis quæstionibus contra fiscum sententiam dicit. Ratio autem cur non delinquar, non ea est, quod fiscus sit dives, alter
8 vero sit pauper. Nam sæpe numero pauper est fiscus; & qui cum fisco litigat, opulentus. Scite Juvenal. *Sat.* 1. *v.* 48.

*Exul ab octava Marius bibit, & fruitur Dis*
*Iratis, at tu victrix provincia ploras.*

Adrianus florente tum temporis Imperio, *aurum coronarium Italiæ remisit, in provinciis minuit, & quidem difficultatibus ærarii ambitiose, ac diligenter expositis.* Postmodum tamen præter congiarium bis populo datum *ad colligendam gratiam nihil prætermitteas, infinitam pecuniam, quæ fisco debebatur, privatis debitoribus in urbe, atque Italia, in provinciis vero etiam ex reliquis ingentes summas remisit syngraphis in Foro D. Trajani, quo magis securitas omnibus roboraretur, incensis.* Ita Spartianus *in Adrian.* recte dixit *infinitam pecuniam*: nam ut constat ex veteri inscriptione, quam ad hunc locum affert Salmasius, remisit sestertium novies millies: quæ summam efficit viginti duos milliones cum dimidio nostrorum scutorum. Quantum fuisse auctas difficultates ærarii credimus; in quod etiam bona damnatorum redigi jussit, non in fiscum privatum. Capitolin. in *vita Marci Antonini*. *Cum autem ad hoc bellum omne ærarium exhausisset suum: neque in animum induceret, ut extra ordinem provincialibus aliquid imperaret, in foro divi Trajani auctionem ornamentorum imperialium fecit, vendiditque aurea pocula, & crystallina, & mirrhina vasa etiam regia, & vestem uxoriam sericam, & auratam, gemmasque etiam, quas multas in repositorio sanctiore Adriani repererat &c.* Utinam hodierni Principes exempla tam illustria imitarentur. Id. in *Pertinace*. *Et cum tanta penuria ærarium haberet, ut præter decies HS non se invenisse fateretur &c.* Sed multo 9
majores fuisse angustias fisci certissimum est Modestini nostri temporibus. Etenim Alexander Severus *leges de jure populi & fisci moderatas, & infinitas sanxit, & vectigalia quantum potuit, contraxit*; & ut ærarii difficultatibus subveniret, *gemmarum quod fuit, vendidit, & aurum in ærarium contulit. Raras enim jusserat esse condemnationes*, ut refert Lampridius. Quid vero rei fuisse putamus in turbulentissima Reip. tempestate, quæ mortem Alexandri est consecuta? cum duo Maximini, tres Gordiani, Maximus, Balbinus in diversis orbis partibus Imperium susceperunt. Fuit autem Modestinus Maximi Junioris magister. Alia igi- 10
tur ratio quærenda est præter paupertatem: nam & Deus ipse præcipit Exod. 23. 3. *Pauperis quoque non misereberis in judicio*. & Levit. 19. 15. *Non consideres personam pauperis: nec honores vultum potentis*. In judiciis omnes sunt pares; justitia est omnibus eadem.

Vera igitur ratio petenda a Plinio in 11
*Panegyr. Trajan.* *Quæ præcipua sua gloria est, sæpius vincitur fiscus, cujus mala causa nunquam est nisi sub bono principe*. Et a Cassiodoro *in epist.* 12. *ad advocatum fisci lib.* 1. *Tunc fama nostra proficit, quando se commoditas injusta*

*justa subducit*. *Quapropter fit interdum mala causa fisci, ut bonus Princeps esse videatur*. Hoc a bonis Principibus servatum Adrianus, ut diximus, etiam fisci debitoribus debitam pecuniam remisit, & damnatorum bona in fiscum redigi vetuit. De Antonino Pio Capitolin. *in ejus vita. Publicatio bonorum rarior, quam unquam fuit*. Id. de Marc. Antonino. *Delationes quibus fiscus augeretur, contempsit*: & infra: *tributa vel vectigalia, ubi necessitas cogebat, remisit*. De Alexandro Severo jam diximus: cætera omitto, ne mores horum temporum videar reprehendere. His probatis consequens est, non solum inter pares sententias præferendam esse, quæ pro reo est, & contra fiscum: sed etiam si diversis summis condemnent judices, minimam esse spectandam, licet fiscus ipse sit actor, ex dicta *l. inter pares in fine*.

12 Antequam alio sermonem transferam, monendum est, ea, quæ de paribus sententiis diximus, obtinere solummodo in sententiis latis a judicibus jurisdictionem habentibus; non autem a judicibus daris; *l. duo judices* 28. *ff. de re judic.* quia hi nullam habent jurisdictionem, sed tantummodo notionem, hoc est, cognoscendi facultatem juxta Prætoris præscriptum *l. ait Prætor* 5. *in princ. ff. eod.* & ideo non possunt exequi sententiam, sed eam exequi debet magistratus, qui eos dedit *l. a Divo Pio* 15. *ff. eod.* Quamobrem sententia judicum datorum non valet ex ipsorum auctoritate, sed ex auctoritate, & confirmatione Prætoris, qui eos dedit. Quocirca si diversas proferant sententias, eæ sunt in pendenti, donec Prætor alteram ex his confirmaverit *d. l. duo*: neutra enim ullum momentum potest mutuari ab ipsis judicibus datis. Quoniam vero hanc *l.* de judicibus delegatis veteres, qui datos a delegatis non distinguebant, intellexerunt, *S. P. in c. ult. De sentent. & de re jud.* ad delegatos extendit: licet ipsi vere jurisdictionem habeant, cum in eos totum jurisdicendi officium transeat *l.* 1. §. *an autem* 4. *ff. de suspect. tut.* & etiam jus exequendæ sententiæ, argum. *l.* 2. *ff. de jurisd. l. ult. ff. offic. ejus*.

His expositis ad contractus, & legata revertor. De contractibus contrarium respondisse videtur Alphenus in *l. in lege* 29. *ff. loc. In lege locationis scriptum erat: redemptor silvam ne cædito, neve cingito, neve deurito: neve quem cingere, cædere, urere sinito*. Quæsitum, an redemptor solum teneretur prohibere, si quem videret horum aliquid facere: an etiam curare, & operam dare, ne quid horum fieret. Respondet, id curare debere, licet verbum *sinere* utramque habeat significationem. Ergo in dubio id, quod plus est, spectare oportet, non id, quod minimum est. 13

Respondetur, nihil hoc ad rem nostram pertinere. Non agitur hic de ambiguo quantitatis, sed de ambiguo verbi, quod non refertur ad quantitatem. Qui promittit decem, aut quinque, obligatur ad quinque, scilicet in minori quantitate: qui promittit calendis Januariis aut Februariis, obligatur calendis Februariis, *quia minus solvit, qui tardius solvit, l. ut si cui* 12. *in fin. ff. de V. S. & solidum non solvitur, non minus quantitate, quam die l. solidum* 85. *ff. de solut.* Et in his, in quibus agitur de majori, minorive quantitate servanda est hujusmodi regula. Quocirca non possum assentiri DD. qui putant valere sententiam, si ex tribus Judicibus alter condemnet, alter absolvat, tertius absolvat ab instantia causæ. Nullam enim valere puto, cum non discrepent in majore, ac proinde in minore omnes consentiunt. Hæ quoad naturam substantiamque discrepant. Qui condemnat, est omnino contrarius ei, qui absolvit: qui absolvit; adversatur ei, qui absolvit ab instantia causæ; ille enim tollit, ac finit controversiam: hic de controversia nihil decidit, eamque indefinitam, imo iterum ex integro disceptandam relinquit; ille absol-



Digitized by Google

vit ab obligatione; hic eam relinquit in pristino statu. Sed hæc obiter: ad propositam legem redeamus. In laudata *l. in lege*, non pluris, aut minoris obligatur redemptor ratione quantitatis: sed ratione laxioris, aut arctioris obligationis. Verbum *Sinere* ambiguum est, & ideo opus est interpretatione; quatenus ex vi ejus verbi teneatur. Et quia verba interpretanda sunt secundum naturam actus cui adjiciuntur *l. si cui* 9. *ff. de servit. l. damni* 43. *in princ. ff. de damn. inf.* de natura autem locationis est, ut conductor diligentissime rem conductam custodire debeat, & curare, ne pereat *l. si merces* 25. *§. qui columnam D. locat.* §. *conductor inst. eod. l. in judicio* 28. *C. eod.* quamobrem etiamsi de quantitate ageretur, tamen proposita regula locum non haberet, ad quam solummodo confugiendum est, cum de voluntate nullo modo constat.

14 De legatis in contrarium respondisse videtur Pomponius in *l. si ita relictum* 34. *in princ. ff. de legat.* 2. *Si ita relictum fuerit: quantum heres meus habebit, tantum Tithaso dari volo: pro eo est, quasi ita sit scriptum; quantum omnes heredes habebunt*. Sed non potest intelligi, Pomponium non probasse propositam regulam, cum secundum eam infra respondeat in §. 1. ubi ait, quod si scriptum sit: *quantum unus heres habebit*: minor pars legata est. Utrumque rectissime: cum legatur: *quantum unus heres habebit*: omnino incertum est, quem heredem voluerit testator designare: ac proinde proposita regula ad ejus voluntatem investigandam est adhibenda. Cum autem legat: *quantum heres meus habebit*: non est obscura testatoris voluntas, cui ipsa verba facem præferunt. Omnis enim heres eodem modo heres est: omnes pariter heredis nomine continentur: propterea ad omnes simul refertur, *l. in usu juris* 158. *in fin. ff. de V. S. l. Si pluribus* 34. *ff. de leg.* 2. *l. Si plures* 98. *ff. de leg.* 3.

15 Non magis urget, quod scripsit Labeo in *l. qui lancem* 31. *ff. de aur. & arg. leg. Qui lancem maximam, minorem, minimam relinquebat, ita legaverat: lancem minorem illi lego: mediæ magnitudinis videri legatam responsum est, si non appareret, quam lancem ex his paterfam. legare voluisset.* Nam & hic Labeo propriam verbi significationem secutus est, quæ voluntatem testatoris perspicue demonstrat. Etenim cum tres sunt magnitudinis gradus, quæ media est, minor dicitur, *princ. tit. Inst. de capit. dimin.* Mart. lib. 4. ep. 2.

*Cum plebs, & minor ordo, maximusque*, ordo scilicet equestris, qui medius erat inter plebem, & senatum: minimus plebs; minor, equestris ordo; maximus, Senatus. Qui in populo Romano minorem ordinem nominat, non plebem significat, sed ordinem equestrem.

---

## CAPUT XVIII.

*Ad L. Titia* 38. §. *ult. ff. de aur. & arg. leg.*

### SUMMARIUM.

I *Duæ lectiones textus nostri.*
II *Illa præferenda, quæ aliarum legum regulis non adversatur.*
III *Et qua admissa omnia congruunt, & optime explicantur & n.* IV.
V *Favor piæ causæ an moverit Scævolam ad ita respondendum.*
VI *Causæ piæ privilegia Scævolæ ætate pauca. Quid pietatis nomine veteres significarent.*
VII *Opes apud Romanos pietati non adscribebantur.*
VIII *Isti tractaverunt de officiis pietatis, quæ ad societatem & commercia pertinent, non quæ ad cultum Deorum.*
IX *Pauperes Romæ nulli: a Republica frumentum plebs accipiebat. Frumentatio quid.*
X *Congiaria quoque populo dabantur.*
XI *Favor piæ causæ etiam juxta Christianam Religionem, non debet abducere nos a regula proposita in superiore. & n.* XII.
XIII *Neque favor dotis.*
XIV *Neque alimentorum.*

Ter-

1 TErtium argumentum contra superiorem regulam hic adjungimus, de quo separatim agere constituimus, quia diligentius est examinandum. Ducitur a difficillimo, controversoque, & pleno dissensionis inter doctos Scævolæ responso in *l. Titia testamento* §. *ult. ff. de aur. & arg. leg.* Scævola factum ita proponit. Seja testamento caverat, & jusserat ab heredibus suis poni signum Dei, ex libris centum in illa sacra æde, & in patria statui subscriptione nominis suis. *Quæsitum est, cum in eo templo nonnisi aut ærea, aut argentea tantum sint dona: heredes Sejæ utrum ex argento, an ex auro signum ponere compellendi sint: an æreum. Respondit secundum ea, quæ proponerentur, argenteum ponendum.* Unius verbi controversia acerrimam inter summos Jurisconsultos contentionem excitavit. In quibusdam enim codicibus legitur *aurea*, in aliis *ærea*. Si primam lectionem admittimus, nulla est hac de re controversia: quoniam Scævolæ responsum consentaneum est regulæ, cum id, quod minus est, legato contineatur. Itaque hoc probato, plana & certa sunt omnia. Si secundam, turbulentissimæ tempestates excitantur.

2 Ego recte sentire arbitror eos, qui primam lectionem probant. Ea enim sententiam continet cum omnibus aliis legibus, quas adduximus in superiore, consentientem: & regulis juris consentaneam *l. semper in obscuris. l. semper in stipulationibus in fine, l. semper in dubiis ff. de R. J.* Itaque si certo non constet, Scævolam ab aliis legibus, & a regulis juris voluisse recedere, aliarum legum regulis id relictum debet intelligi, *l. præcipimus* §. *ult. C. de appellat.* atqui certo constare non potest, cum lectio dubia sit controversa: ergo ea præferenda est, quæ aliarum legum regulis non adversatur.

3 Illud etiam me maxime movet, quod admissa hac lectione posteriora prioribus optime conveniant. Nam si legamus: *quæsitum est, cum in eo templo nonnisi aut aurea, aut argentea tantum sint dona: heredes Sejæ utrum an ex argento, an auro signum ponere compellendi sint.* omnia sunt apta inter se & cohærentia. In eo templo non erant nisi dona aurea, & argentea: sequitur igitur, ut quærendum sit, utrum argenteum, an aureum ponendum sit: videlicet cum ex duplici materia conflata sint ejus templi donaria ex auro, vel argento; utra materia sit præferenda, argenteum ne, an aureum? Atque ita quæsitum proposito apertissime congruit. Ideo autem primo quærit de argento, vel auro, nempe de materia, ex qua confecta erant ejus templi dona; ut indicet sequendum esse usum, & consuetudinem templi, ad quam testatricem accommodasse voluntatem suam præsumitur. Nam ex loci consuetudine sumitur conjectura voluntatis, *l. si servus plurium* 50. §. *ult. ff. de legat.* 1. *l. semper in stipulationibus* 34. *ff. de R. J. l. heredes* 21. §. 1. *in fin. ff. qui test. fac. possint*: & in obscuris inspiciendum est, quod plerumque fieri solet *l. in obscuris* 114. *ff. de R. J.* cum igitur in eo templo, non plerumque, sed semper solitum fuisset poni signa ex auro, vel argento, optime Scævola primum inspexit, & observavit, ex qua materia donaria in eo templo poni solerent, & de hoc primo quærendum esse existimavit. Quoniam vero cum hac regula pugnare videtur alia regula, qua præscribitur minimum esse spectandum: idcirco separatim subjecit etiam *æreum*, quod multo vilius est aureo & argenteo. Verum, quia conjectura sumpta a consuetudine loci prævalet alteri de minimo præstando, & hac uti solemus solummodo illa deficiente: *l. nummis* 75. *ff. de leg.* 3. *l. semper in stipulationibus* 34. *ff. de R. J.* idcirco Scævola juxta hanc regulam ad id, quod in eo templo solitum erat, responsum accommodavit. Neque tamen ab alia regula recessit, sed utramque servavit, nam ex materia, ex qua solita erant poni signa, viliorem elegit; nempe al-

argentum, quod auro vilius est. Hoc autem loco monendum est, Cujacii explicationem non posse defendi, qui supponit in eo templo triplicis materiei anathemata fuisse, aurea, argentea, ærea, & Scævolam elegisse mediam materiam. Ipsum enim erroris manifesti convincunt illa Scævolæ verba: *nonnisi*: & *tantum*, quæ nihil dubii relinquunt. His probe constitutis liquet hac admissa lectione congruere omnia, & cohærere, & esse ad explicandum expeditissima.

4 Quod si legeris: *quæsitum est, cum in templo, nonnisi ærea, aut argentea tantum sint dona, hæredes Sejæ utrum ex argento, an ex auro signum ponere compellendi sint.* nec vincta, nec cohærens est oratio, nec præpositæ rei quæstio respondet. Etenim cum proposuerit templi dona esse vel ærea, vel argentea: huic propositioni consequens erat, quærere primum, an ex ære, vel ex argento signum ponere opotteret. Quorsum hic de auro quærit, quod ante non nominavit? sane quæstio non oritur ex propositione, nec ab ea pendet. Ac si volebat etiam aurum comprehendere, rerum ordo postulabat, ut deinceps separatim de signo *aureo* quæreret, quemadmodum de *æreo* fecit, quod adjecit post perfectam orationem: & quidem recte, quia ipsum in facto proposito non nominavit. Præsertim, quia de aureo vix ulla poterat incidere dubitatio. Primum quia si nulla erant in templo dona aurea, verisimile non est, Sejam de signo aureo cogitasse. Semper autem in investiganda voluntate testatoris, quod verisimile est, sequi debemus, *l. semper in obscuris* 114. *ff. de R.J. l. insulam* 13. *ff. qui pot. in pign. l. eum qui ita* 56. *ff. de V. O. l. qui bis idem* 18. *ff. eod.* Præterea, quia, cum Seja definivetit pondus centum librarum, non definiverit materiam, manifeste ostendit voluisse poni signum ex materia, quæ erat in usu illius templi: alioquin potuissent heredes etiam ligneum, vel fictile signum ponere, cujusmodi erat in usu ante dictam Asiam, ut refert Plin. *lib.* 34. *cap.* 7. Denique quia verisimile non est, eam poni voluisse statuam auream centum librarum, quæ nonnisi immenso prope sumptu perfici potuisset, nempe plusquam duodecim millium scutorum. Quamobrem si in templo nulla fuissent aurea donaria, & anathemata, inepte Scævola principaliter in controversiam vocasset, an deberet poni signum aureum, quod vix poterat habere dubitationem.

Qui legunt *ærea*, in varias ivete sententias inextricabilibus difficultatibus implicati. Omnium magis communis est sententia, id Scævolam respondisse propter favorem piæ causæ, quo efficitur, ut non minimum, sed maximum debeatur. Ego autem pro certo ausim affirmare, Scævolam favore piæ causæ nequaquam adductum fuisse ad respondendum contra juris regulas. Etenim de pietate nullum omnino verbum. Respondit secundum ea, quæ proponetentur: atqui ipse nihil proposuit, nisi diversitatem materiæ, ex qua confecta erant templi donaria. Huc igitur spectat ejus responsum. Veteres J. C. quando aliquid favore, & ex causa pietatis contra regulas juris respondent, id solent indicare: rationem enim, cur contra rationem juris respondeant, afferant necesse est, ne inepte falsoque, & contra leges respondisse videantur. Pueros, & puellas alimentarias primus Trajanus instituit: auxit numerum Adrianus, & ut eos largius liberaliusque tractaret, definivit, puerilem ætatem in pueris usque ad decimum octavum protendi, in puellis usque ad decimum quartum: idque confirmavit Imperator Alexander. Ulpianus tamen in *l. Mela* §. 1. *ff. de alim. leg.* licet duobus Imperatorum rescriptis adjuvaretur, non est ausus id extendere ad alimenta usque ad pubertatem relicta, nisi subsidio pietatis adscito: *Sed etsi generaliter pubertas non sic definiatur, tamen pietatis intuitu in sola specie alimentorum hoc tempus ætatis esse observandum, non est incivile.* Vide si vis quam circumspecte, quam re- 5

Digitized by Google

restricte contra regulas juris rescripta Imperatorum extendat ad legatum alimentorum. Non aliter Julianus causam pietatis expressit, ut a regula juris recederet in *l cum is* 32. §. 2. *ff. de condict. ind.* Ipse Imperator causam pietatis indicat, cum propter eam, vel minimum a jure recedit *l. in testamento* 38 *ff. de fideic. libert.* Ibi: *pios tamen filios debuisse manumittere eam, quam pater dilexisset.* Idem etiam innuit Justinianus in *l. ancillam C. de fideic. libert.* & Severus & Ant. in *l.* 1. *C. de negot. gest.* Idem Scævola in *l. uxorem* 41. §. *codicillis ff. de leg.* 3. Ulpianus in *l.* 1. §. *quinimo ff. de suspect. tutor.*

6 Secundo, quia Scævolæ ætate nondum inoluerant tot, ac tanta piæ causæ privilegia, quæ post propagatam Christianam religionem, quæ charitatis lege fundatur, introducta fuerunt partim a Christianis Imperatoribus, partim a Pontificibus Maximis: potissime vero a nostris doctoribus, qui a libertate, a dote, ab alimentis exempla duxerunt, & ad pias causas veterum responsa traxerunt. Veteres pietatis nomine significabant cultum, & officium, quod alter alteri exhibet adstrictus summa necessitudine, summaque conjunctione. Hinc pietas parentum in liberos *l. nec in ea* 29. §. *ult. ff. ad leg. Jul. de adult. l.* 1. §. *sed si libertus ff. si quid in fraud. patron. l. ult. C. de alend. liber. l. Nesennius* 34. *ff. de negot. gest. l. liberto* §. *quamquam ff. eod. l. alimenta C. de negot. gest. l.* 1. *C. eod. l.* 2. *ff. de inoff. testam.* Pietas fratrum inter se *l. ult. ff. fam. hercisc. l. alumnæ* 30. *in princ. ff.* de adim. leg. *l. ex duobus* 27. *in fin. ff. de negot. gest.* Pietas erga conjunctos *l.* 1. §. *quin imo ff. de susp. tut. l. 6. C. eod.* Pietas erga defunctos *l. parentes* 23. *ff. de his qui not. infam. l. & si quis* 14. §. *sed interdum* 7. *ff. de relig. & sumpt. fun.* Scite, ut semper, Cicero *lib.* 2. *de invent. Pietatem appellant, quæ erga patriam aut parentes aut alios sanguine conjunctos officium conservare moneat.* & rursus: *Pietas est, per quam sanguine conjunctis patriæque benevolis officium, & diligens tribuitur cultus.* & in *Partit. Iustitia erga parentes est pietas.* & *pro Plancio. Quid est pietas, nisi voluntas grata in parentes.* Enimvero potissimam pietatem erga Deum esse censebant, sed eam animi virtute collocabant in Deum propensi. Id. Cicero *pro domo sua. Nec est ulla erga Deos Pietas nisi honesta de numine eorum, ac mente opinio: eum expeti nihil ab iis, quod sit injustum, atque inhonestum arbitrari.* & *pro Aulo Cluent. neque intelligit pietate, & religione, & justis precibus Deorum mentes, non contaminata superstitione, neque, ad scelus perficiendum cæsis hostiis posse placari*; & *de nat. Deor.* 1. *Quorum si vera sententia est, quæ potest esse pietas, quæ sanctitas, quæ religio? hæc enim omnia pure ac caste tribuenda Deorum numini sunt.* Cæterum opes pietati non adscribebant. Id. Cic. 2. *de legib.* hanc primam legem sancit: *Ad Deos adeunto caste: pietatem adhibento: opes amovento.* Subdit in ejus explicatione *opes amoveri jubet significat probitatem gratam esse Deo, sumptum esse removendum.* Vide reliqua. *Persius Sat.* 2. *In sancto quid facit aurum?* Hæc erat opinio ejus sapientum. Quantum autem attinet ad jurisconsultos: eorum munus erat tractare de officiis pietatis, quæ ad commercia pertinent, & ad tuendam hominum inter homines societatem, caritatem, felicitatem. Quamobrem de pietate, quæ in danda dote, in præstandis alimentis, in danda libertate, in mortuis sepeliendis *l.* 1. §. *Sed libertus ff. si quis in fraud. patr. l. Nesennius* 34. *ff. de negot. gest. l. parentes* 23. *ff. de his qui not. inf. l. & si quis* 14. §. *sed interdum ff. de relig. & sumpt. fun. l.* 2. *ff. de inoffic. testam. l. ult. ff. fam. hercisc. l. in testamento* 38. *ff. de fideicom. libert. l.* 1. §. *penult. C. de comm. servo manum.* Cultus autem Deorum Pontifices curam gerebant: templa curabant Ædiles: & triumphatores ple-

pletumque devictarum gentium spoliis ornabant. Nulla in his opera, studiumque jurisconsultorum. Pauperes Romæ nulli:
6 a Rep. enim frumentum plebs accipiebat. Primus Manius Marcius Ædilis pleb. frumentum populo in modios assibus donavit. Plin. *lib.* 18. *cap.* 3. secuti sunt exemplum alii postea Ædiles; deinceps Tribuni pleb. de quibus Plin. *ibid.* Livius *lib.* 4. *lib.* 31. *lib.* 60. in Epitoma, donec Claudius lata lege frumentaria gratis dedit, ut testatur Asconius in Miloniana. Imperatorum tempore crevit frumentatio. Bellis civilibus auctus est frumentantium numerus usque ad viginti & trecenta millia civium. Cæsar tamen ad centum quinquaginta retraxit. Sueton. *in Cæsar. cap.* 41. Augustus iterum auxit ad ducenta millia, Dio, *lib.* 55. Rursus videtur auctus a Tiberio, ut innuit Tacit. *lib.* 6. *annal. cap.* 13. Sed ad Scævolæ ætatem veniamus. Spartian. in vita Severi. *Moriens septem annorum canonem, ita ut quotidiana septuaginta quinque millia modiorum expendi possent, reliquit: olei vero tantum, ut per quinquennium non solum urbis usibus, sed & totius Italiæ, quæ oleo egeret, sufficeret.* Hac frumenti copia quinquaginta, & quadringenta millia hominum alebantur, si in singulos quinque modii in menses distribuebantur; ut de servis ait Seneca *epist.* 80 *servus est, quinque modios accipit, quinque denarios.* Arbitror tamen multo plures innutritos fuisse: sunt enim admodum pauci, qui tantum panis absumant: pendunt enim libras circiter centum viginti, quæ plus satis supersunt juveni robusto, & voraci. Quid senes, quid mulieres, quid pueri, num indigent tam largo cibo? Plane milites, qui largius cibandi sunt, ut militiæ laboribus sufficere possint, quatuor tantum modios menstruos accipiebant, & cum panis pro frumento dari coepit, trilibres panes distribuebuebantur; quia in gradibus distribuebantur, ideo panes gradiles dicebantur, de quibus in C. Theod. *de annon. civic. & pan. gradil.* Frumentum autem per tesseras frumentarias distribuebant, quæ in commercio erant, vendique & legari poterant; nec globus ille ligneus venditione aut legato continebatur, sed quantitas, & æstimatio rei, quam quis tessera illa consequi poterat, *l. mortuo* 49. §. 1. *l. Titia Sejo* 87. *ff. de leg.* 2. *l. sed etsi* 52. §. 1. *ff. de judic.* His autem tesseris oleum etiam populo plerumque præbebatur, maxime ad usum balnei. Vide
Liv. *lib.* 25. Sueton. in *Cæsar. cap.* 38. 10
*Populo præter frumenti denos modios, ac totidem olei libras, tricenos quoque nummos, quos pollicitus olim erat, viritim divisit, & hoc amplius centenos pro mora.* Videndus etiam Spartian. in *Severo* cujus verba supra retulimus: & Lamprid. in *Alexandro*. Sueton. in *Nerone cap.* 11. ubi etiam de veste, auro, argento &c. De Tito idem scribit Xiphilin. in Epitem. Dion. Frequentissimus autem erat jactus missilium: Adde congiaria, quæ populo largiebantur. Sueton. in *Augusto*. *Congiaria populo frequenter dedit, sed diversæ fere summæ, modo quadragenos, modo tricenos, nonnunquam ducenos quinquagenosque nummos: ac ne minores quidem pueros præteriit, quamvis nonnisi ab undecimo ætatis anno accipere consuessent.* Pueris, puellisque subvenit Trajanus, qui ad quinque millia ali jussit. Plin. in *Panegyr.* Multos adjecit Adrianus: Antoninus Pius Faustinianos, & Faustinianas adjunxit. Marcus & Verus pueros, & puellas novorum nominum frumentariæ perceptioni adscribi præceperunt. Alexander Mammæanas, & Mammæanos instituit. Adrianus pro Veri adoptione ter millies exercitui populoque dependit. Omitto alia; satis enim ex his constat nullam tum temporis causam fuisse tot privilegia introducendi favore piæ causæ, atque adeo graviter errare, qui hæc referunt ad JC. veteres.

Tertio, quia ipse Pontifex Maximus 11
Innocentius III. decrevit, favorem piæ causæ non esse tanti momenti, ut nos abdu-

Digitized by Google

abducat a propoſita regula, & ab Eccleſia minorem ſummam eſſe exigendam in *cap. ex parte* 18. *de cenſib.* Cui poterit eſſe perſuaſum, piæ cauſæ favorem tantum apud Scævolam valuiſſe, qui nullum habuit momentum apud Pontificem?

12 Quidam, qui pro certo habent Scævolam ita ſcripſiſſe, & templi favore & divini cultus adductum, eo confugiunt: Scævolam reſpondiſſe de eo, quod debetur Eccleſiæ: Pontificem de eo, quod debebatur perſonis Eccleſiaſticis. Sed hæc diſtinctio non convenit facto: nam ex voto Regis Ranemiri, quod refert Gonzal. ad explicationem hujus capit. conſtat Regem donaſſe D. Jacopo, & ejus Eccleſiæ. Ibi: *deliberavimus ſtatuere Patrono, & Protectori noſtro beatiſſimo Jacobo donum aliquod in perpetuum permanſurum*; & infra. *Hæc omnia donativa vota, & obligationes ( ſicut ſuperius diximus ) per juramentam nos omnes Chriſtiani Hiſpaniæ promiſimus annuatim Eccleſiæ B. Jacobi &c.* & rurſus. *Et ea, quæ ad honorem tuum ( pater Omnipotens ) B. Jacobo Apoſtolo tuo dedimus, & offerimus de eis, quæ per te ( ipſo opitulante ) acquiſivimus nobis, & ſucceſſoribus noſtris proficiant ad ſalutem animarum.*

13 En! Oblatio facta B. Jacobo ad honorem Dei, & remedium animarum. Futilis eſt etiam illa diſtinctio, quia magis colitur & honoratur Deus per ſacerdotes, qui preces, qui vota fidelium, qui ſacrificia pro peccatis offerunt Deo, quam per muta, atque inania ſigna, quæ os habent, & non loquuntur: nec quiſquam, ut puto, arbitratur, minus coli Deum in Eccleſiis Cappucinorum, in quibus nihil eſt auri atque argenti, quam in aliis ſplendidiſſimis auro, argentoque: aut eorum ſacrificia Deo minus eſſe grata, quod offerantur ſub paupere tecto.

14 Opponitur *l. nuptura* 57. *ff. de jure dot.* Sed ea nihil ad rem noſtram. Neque id ſtatuitur ob privilegium dotis, ſed propter propriam verborum ſignificationem, a qua recedendum non eſt, niſi conſtet de contraria voluntate proferentis. *l. non aliter* 69. *ff. de legat.* 3. Filiusfam. ex omnibus cauſis, excepto mutuo, obligatur tamquam paterfam. *l. filiusfam.* 39. *ff. de obl. & act. l. tam ex contractibus* 57. *ff. de jud. l.* 3. §. *is autem ff. ad S. C. Maced.* Itaque vere, atque proprie debet. Quocirca, cum mulier doti eſſe jubet, quod ſibi filius debet, ſecundum verborum ſignificationem doti eſſe debet omnis pecunia, in quam filius obligatus eſt: debet enim non ſolum eam, ad quam pater tenetur de peculio, vel de in rem verſo, ſed omnem, qua pariter eſt obligatus. Præterquam quod duci non poteſt argumentum a dote ad noſtram quæſtionem: nam dotium cauſa ad publicam utilitatem pertinet *l.* 2. *ff. de jur. dot.* nihil autem Reip. intereſt, argenteæ, an aureæ ſtatuæ ponantur in templo. Religionis quidem maximam curam habebant Romani, ſed ſacrificia, ſupplicationes, lectiſternia, publica auctoritate decernebantur. Enimvero nuſquam ſcriptum eſt horum legatorum cauſam ſemper, & ubique præcipuam eſſe, quod de dote traditum in *l.* 1. *ff. ſol. matr.*

Opponunt etiam *l. libertis* 18. §. *po-* 14
*ſthumi ff. de alim. leg.* Sed illud reſpondit Scævola ex veriſimili mente teſtatoris, quem credi non poteſt voluiſſe adimere tertiam partem alimentorum ſervis illis, quos manumiſerat, & adeo dilexerat, ut præter alimenta, etiam pecuniam legaverit; adeo ut non habeant amplius, unde ſe alant. Non movetur igitur Scævola favore alimentorum, ſed a veriſimili argumento, quod etiam legata ex ſubſtitutione integra præſtanda eſſe dixit, in quibus non continebantur alimenta. Porrò Summus Pontifex in *d. c. ex parte de cenſib.* neque favore alimentorum, quæ præſtanda erant canonicis ex voto Regis: neque favore piæ cauſæ, & Eccleſiæ, potuit abſtrahi ab obſervanda regula, quam defendimus. Imo nec propter ſalutem animarum receſſit ab hac regu-

Digitized by Google

regula. Licet Rex in donatione etiam hanc causam expresserit, tamen S. P. minorem mensuram præstandam esse respondit. Quod maxime notandum, quia DD. nostri in hujusmodi quæstionibus eam magnifice jactant, & exaggerant: eaque sola plerumque nituntur.

---

## CAPUT XIX.

### *Ad L. si pluribus 73. vers. scilicet ff. de leg. 1. & alias.*

### SUMMARIUM.

I *Si appareat testatorem utrique legatario solidum dare voluisse, tunc alteri res præstanda est, alteri æstimatio.*

II *Legato duobus usufructu interdum unus totum percipit.*

III *Conciliatur L. Et Proculo 20. ff. de leg. 1. cum L. 1. §. 1. ff. de usufr. accresc. & n.* IV. V.

IV *Facilius admittitur jus accrescendi in usufructu, quam in proprietate.*

VI *In legato quantitatis totum legatum interdum percipit uterque legatarius.*

VII *Si appareat testatorem primo voluisse adimere id, quod secundo legavit, totum secundo debetur.*

VIII *Legatum per damnationem disjunctim relictum utrique totum debebatur, uni quidem res ipsa, alteri vero æstimatio.*

IX *Legatum relictum duobus, quorum unus acquirere non possit, uni totum debetur.*

X *Quod legatum non est nullum, sed valet in persona capere valentis, & trahit ad se alteram partem, & n.* XI

XII *Afferuntur textus, quibus probari videtur legatarii non accipientis partem, alteri non accrescere & n.* XVI.

XIII *Et in iis agitur de legato per damnationem, in quo non habebat locum jus accrescendi.*

XIV *Explicatur L. plane 34. §. si conjunctim ff. de leg. 1.*

XV *Res aliena per vindicationem relinqui non potest.*

XVII *Verba, quæ ad hæredem diriguntur, propria sunt legati per damnationem.*

XVIII *Exponitur L. si duobus 16. ff. de leg. 1.*

EXplicandum superest, quid juris sit, cum pluribus eadem res legatur, Quoties pluribus eadem res legata fuit, omnibus pro parte debetur: aliquando tamen tota vel omnibus, vel uni tantummodo.

Primum, si appareat utrique solidum 1
dari voluisse testatorem: quo casu alteri res, alteri præstanda est rei legatæ æstimatio, electione rei, vel pretii, servanda ei, qui prior litem contestatus est, *l. si pluribus* 33. *vers. scilicet ff. de leg.* 1. *l. nutu* 21. §. 1. *D. de leg.* 3. *l. un.* §. *ubi autem* 11. *vers. hoc autem. C. de cadue. toll.* Hoc autem non admittitur nisi testator apertissime, & expressim disposuerit *d. l. un. & d. l. si pluribus* 33. apertissime autem, & expressim videtur disposuisse, veluti si dixerit, *Titio, & Mævio singulos servos do, lego*: vel quod clarius est: *Titio servum do, lego, Mævio alterum servum do, lego, l. hujusmodi* 84. §. *penult. ff. de leg.* 1. Idem igitur erit dicendum, si fundi partem borealem uni legaverit, australem alteri: nam licet unus sit fundus, tamen testatoris destinatione duo fundi esse incipiunt *l. recte dicimus ff. de V. S. l. si quis duas* §. 1. *ff. commun. præd.* ubi idem in ædibus divisis: quamobrem non sunt conjuncti hi neque re, neque verbis, sed uterque consequitur suum fundum, suas ædes, neque uno deficiente pars vacans alteri accrescit. Longe aliter se res habet in legato usufructus: nam si Titio fundus, Mævio usufructus legatus fuerit: Mævius non habet integrum usumfructum totius fundi, sed dimidium tantummodo: Titius autem & totum fundum & dimidium usufructus consequetur *l. si tibi decem 6. ff. de usufr. ear. rer.* Hoc ideo, quia cui legatur fundus, non nuda proprietas, sed proprietas cum usufructu legatur: ea propter utrique tam Titio quam Mævio legatus est usufructus, atque adeo debet communicari *l. si alii* 19. *ff. de usufr. leg.* Dimidium quoque usufructus habet is, cui legatus est usufructus, si fundus duobus legatus fuerit *l. Sempronius* 26. §. *ult. ff. eod. l. si pro-*

*si proprietas 9. ff. de usufr. accresc.* Siquidem duobus illis legatus sit fundus conjunctim; quia tunc pro una persona habentur, & unius potestate funguntur *l. plane 34. in princ. ff. de leg. 1. l. un. §. his ita definitis vers. Hoc ita tam C. de caduc. toll.*

2 Secundo totum legatum percipit legatarius interdum in legato ususfructus, etiamsi ille duobus fuerit legatus, & uterque in eo concurrerit. Finge, relictus est ususfructus servo communi: unus ex dominis, cui jam acquisitus erat pro parte dominica, illum amittit, totus pertinet ad alterum dominum *l. 1. §. 1. ff. de usufr. accr.* Rursus, legatus est duobus ususfructus, uterque legatum agnoscit, alter tamen postea eum amittit; totus ad alium pertinet, nec pars vacans ad proprietatem revertitur *ead. l. 1. §. interdum.* Atque hoc ideo placuit, quia ususfructus quotidie constituitur, ac legatur, non autem semel, ut proprietas: proinde cum amittitur ab altero ex collegatariis, alteri pars ejus accrescit, quemadmodum accresceret, si ab initio repudiasset, aut acquirere non potuisset *d. §. interdum.* Eadem ratione fit, ut, si legatarius rogatus fuerit usumfructum sibi legatum Titio restituere, & Titius post factam sibi restitutionem moriatur, ususfructus ad legatarium revertatur, eumque obtineat, perinde ac si Titius mortuus ante fuisset *l. si quis Titio 17. D. de leg. 2.*

3 Contrarium tamen in legato relicto servo communi respondit Celsus de patris sui sententia atque auctoritate in *l. & Proculo 20. D. de leg. 2.* ubi legatum servo communi relictum, uno ex dominis omittente, alteri non accrescere asseverat; idque confirmat auctoritate Proculi, Celsique patris sui. Julianum a Celso, & Proculo dissensisse non est ambigendum: utpote qui erat sectæ contrariæ Proculejanis. Certissimo est argumento, quod refutat, ac rejicit rationem, qua Celsus movetur ad fundandum suam opinionem. Celsus in hac lege ait: *non enim conjunctim, sed partes legatas. Nam ambo si vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quam in servo haberet.* Respondet huic rationi Julianus in *l. 1. §. 1. D. de usufr. accresc. & licet dominis ususfructus non æquis partibus, sed pro dominicis acquiratur, tamen persona ejus, non dominorum, inspecta, ad alterum ex dominis pertinere, non proprietati accedere.* Recte sane: persona servi spectanda est, non dominorum: legatum enim servo datum est ipsius servi contemplatione *l. ult. in fin. C. de usufr.* Et sane quid refert, an legatum æquis partibus, an pro dominicis acquiratur? Partes non a testatore distributæ sunt, sed a lege per acquisitionem. Itaque si unus ex legatariis socii partem redemisset, non scinderet legatum, sed in solidum alterius partis emptori acquireretur. Quamobrem inspicienda est persona servi, cui legatum relictum est: qua inspecta nulla potest major, & fortior excogitari conjunctio. Unus enim, & idem est legatarius, unus, & idem fundus legatus. Et quamvis non videatur esse locus juri accrescendi, quod non potest esse in una eademque persona: tamen licet servus sit unus, ratione dominorum quasi duo servi sunt *l. si fundum 81. §. 1. de leg. 1.* Atqui scinditur inter dominos pro partibus dominicis. Quid tum? etiam legatum disjunctim, aut conjunctim relictum concursu utriusque legatarii scinditur: num idcirco pars vacans alteri non accrescit? *l. un. §. sin vero C. de caduc. toll. l. re conjuncti 80. D. de leg.* Quid autem interest in partes æquas an in dominicas dividatur? Imo nec dividitur quidem altero ex dominis omittente legatum; sed totum ad alterum pertinet; & quidem ex tacita voluntate testatoris. Qui enim servo legat, quem scit sibi ipsi acquirere non posse, sed necessario ex dispositione legis domino acquisiturum, utique consentit, dominis ejus, vel domino, quicumque is fuerit, acquiri legatum. Argumento est, quod si servus duo-

duorum stipuletur, & alter ex iis non possit acquirere: alteri totum acquiritur *l. 1. §. communis l. item si 9. in princ. D. de stip. servor.* Præterquam quod servus duorum communis in acquirendo duorum servorum personam sustinet *d. §. communis.* Quid ni pars unius personæ accrescat alteri? Potest ne quisquam conjunctior esse alteri, quam ipse sit sibimetipsi? Optime igitur ait Julianus; *tamen persona servi, non dominorum inspecta, ad alterum ex dominis pertinere.* Quid multa? Non dubito Juliani sententiam esse verissimam.

4 Verumtamen, quia defendere, tenemur nihil in jure nostro esse contrarium, & leges legibus non discordare; complurium facilis est, & expedita concordia: videlicet Julianum agere de legato ususfructus: Celsum de legato proprietatis. Facilius autem admittitur jus accrescendi in usufructu, quam in proprietate. Etenim in ususfructu pars etiam acquisita, & postea amissa accrescit, non vero in proprietate *l. 1. §. interdum D. de usufr. accr.* Item ususfructus accrescit etiam non habenti partem, quia accrescit personæ, non rei, *l. interdum 10. D. eod. l. si Titio 33. in fin. D. de usufr.* Secus proprietas *l. si totam 83. D. de acquir. hæred.* Vir doctus imprimis, Merillius in *Paradox. de jur. accresc. cap. 11.* aliam affert differentiæ rationem, scilicet, quod ususfructus personæ accrescit, proprietas rei: laudatis modo *ll.* Ego neutram probo: nam ratio, cur legatum ususfructus communi servo relicti, uno ex dominis omittente, accrescat alteri, tradita a Juliano, & Ulpiano longe diversa est; nec a natura ususfructus deducitur, nec a discrimine inter usumfructum, & proprietatem. Ratio enim, quam afferunt, ea est, quod spectanda est persona servi, cui relictum est legatum, non vero persona dominorum, aut æqualitates, vel inæqualitates partium, ut Celsus ajebat.

5 Quod si cuipiam religioni sit dicere, Julianum a Celso dissidere, nullamque esse differentiam inter legatum ususfructus ac proprietatis: commode, ac non ineleganter, ut mea fert sententia, poterit Julianum Celso, & legi legem ita conciliare. Julianus non reprobat rationem allatam a Celso, quod dominis legatum non sit pro æquis partibus relictum, ut fieri solet in his, qui verbis conjunguntur; habent enim partes inæquales; easque non assignat ipsis testatoris dispositio, sed ratio dominicæ portionis, quam singuli habent in servo. Quapropter domini conjuncti non sunt, non re, quia ipsis non est legatus fundus, sed legatus est servo; non verbis, quia illos testator verbis non conjunxit, cum eorum nullam mentionem fecerit: sequitur igitur, ut non habeant jus accrescendi. Hanc, inquam, rationem Celsi, non impugnat Julianus, sed ait, quod licet illi habeant legatum, non pro æquis partibus assignatis a testatore, sed pro dominicis, quas ipsis tribuit ratio dominii, tamen hoc in usufructu non impedit, quominus uno omittente, totum ad alterum pertineat. In usufructu enim spectanda est persona servi, non dominorum. Quid ita? quia, ut explicat infra Ulpianus, ususfructus quotidie legatur, & constituitur. Idque affirmat de sententia ipsorum Juliani, & Celsi. Credendum igitur est, nec Celsum in legato ususfructus aliter fuisse responsurum. Quoniam si ususfructus constituitur tunc, cum ille repudiat, nulla causa est, cur non totus alteri acquiratur, qui neminem invenit, qui secum concurrat *d. §. interdum in fin.* Quod autem Julianus speciatim agat de legato ususfructus, non de legato in genere, de quo Celsus: constat ex verbis *d. §. 1.* Ibi: *& licet dominis ususfructus non æquis partibus, sed pro dominicis acquiratur &c.* quasi dicat: licet proprietas non accrescat, quia non æquis partibus &c. tamen ususfructus accrescit ea ratione, quam diximus, ob quam differt a proprietate, quod notat mox Ulpianus in *d. §. interdum in fin.* Ea propter a vero alienum non puto, quod

quod viri doctissimi existimarunt, etiam legatum proprietatis, altero ex dominis repudiante, vel omittente, totum alteri acquiri: si non jure accrescendi, saltem vi dominicæ potestatis, ex his, quæ tradita sunt in *l.* 1. §. *communis* & in *l. proinde* 7. *in fin. cum duabus seqq. ff. de stipul. serv.* Ibi: *quod cum alteri ex dominis acquirere non potest: id ad eum, qui ad obligationem admittitur, pertinet*, & *l. si communis* 17. *D. eod. &* §. *ult. in fin. inst. eod. l. Pautius* 49. *in princ. vers. communi D. ad leg. Falcid. l. verum* 63. §. *si servo* 9. *D. pro soc.*

6 Tertio, totum & integrum legatum aliquando percipit uterque legatarius in legato quantitatis. Si legentur Titio, & Mævio decem; utrique singulis quina debentur *l. si quis testamento* 79. *D. de leg.* 1. *l. plane* 34. §. *sed si non corpus D. eod. l. cum qui* 56. *in princ. D. de V. O. l. cum Stichus* 29. *in fin. D. de solut.* Nam quamvis summa omnibus sit adscripta, enumeratione tamen personarum videtur esse divisa, *l. cum fundus* 56. *vers. nam quamvis D. de cond. & dem.* Contra si quis legaverit Titio, & Mævio dena, vel quina, utrique integra summa decem, vel quinque debentur. Nam quina, dena, centena, vim habent multiplicandi summam, non dividendi: & *quina* significant singulis quinque: *dena* singulis decem: *centena* singulis centum: & reliqua ejusmodi, ut recte notat Valla *elegant. lib.* 3. *c.* 5. & omnes veteres Grammatici. Atque in hac significatione usurpant hæc verba nostri Jurisconsulti, ut in *l. ult. vers. cum deberet D. de tribut. act.* in *l. cum duos* 25. *D. de cond. ind. & l. si duos* 47. *D. de evict. l. libertis* 15. *D. de oper. libert.* Eamdemque vim habent etiam, quoad tempus *l.* 3. *in prin. D. de an. legat. l. si ita stipulatus* 126. *in princ. D. de V. O.* Probe errat Accursius, & cum eo alii nonnulli, qui putant quina significare decem, dena viginti &c. Quina significant quinque, dena decem: sed toties multiplicata, quot sunt personæ, vel anni, ad quos referuntur: decem singulariter accipiuntur: dena multipliciter: decem distribuuntur, ac dividuntur juxta numerum personarum, & annorum: dena multiplicantur. Itaque illa nunquam excedunt numerum designatum: hæc aliquando viginti, triginta &c. complectuntur. Ad propositum pertinet, quod a Labeone traditum fuit in *l. qui quatuor pocula oleaginea habebat, ita legavit: pocula oleaginea paria duo: respondi unum par legatum esse, quia non ita esset: bina paria; neque ita: poculorum paria duo. Idem, & Trebatius.* Vide quam addicti essent grammaticorum regulis veteres Jurisconsulti, ut voluntates vivorum, ac defunctorum interpretarentur recte, & ad veritatem, quod hodie vix potest servari, quoniam illi, qui testamenta scribunt, aut contractus, sunt latini sermonis expertes, & imperiti. Idem dicendum est, si quis separatim legaverit decem. *Titio decem lego: Mævio decem lego.* Non enim legat utrique eadem decem, qui ita disjungit, ac separat legatarios, sed alia decem: scilicet Titio una decem: Mævio altera decem: unicuique decem. Si voluisset una decem tantummodo legare inter eos dividenda, conjunctim legasset utrique, non separatim unicuique decem assignasset, ac summam multiplicasset, eam in utriusque legato repetens.

Quarto, si appareat testatorem primo adimere voluisse, quod secundo legat, & in eum transferre, quod primo legaverat, veluti: quod Titio legavi, Sejo do, lego, *l. sicut* 5. *D. de adim. leg.* Verumtamen ex verisimili mente testatoris, si generali sermone translatum sit; si non in specie id, quod primo legavit, secundo leget: non creditur voluisse transferre, sed in eadem re utrumque conjungere. Ut in *l. uxorem* 41. §. *felicissimo* 5. *D. de leg.* 3. *l. servis* 99. *in fin. D. eod.* Item si quod uni legaverat, postea repetat, & primo secundum adjungat: ut in *l. quid ergo* 53. §. 1. *D. de leg.* 1. 7

8 Quinto, jure veteri si legatum erat disjunctim per damnationem, utrique totum legatum debebatur: scilicet uni res, alteri æstimatio, Ulpian. in *fragment. tit.* 24 *de legat.* §. 12. & 13. Cajus *inst. lib.* 2. *tit.* 5. §. 5. Paul. *lib.* 3. *sentent. tit.* 8. *de legat.* §. 2. & innuit Justinianus in *l. un.* §. *Ubi autem vers. in uno tantum C. de caduc. toll.* Et hæc erat differentia inter legatum damnationis, & vindicationis, ut notat Cajus eo loco. In utroque quidem legato utrique solidum initio debetur spectatis verbis testatoris, quibus utrique totum relinquit: sed in legato vindicationis utroque legatario concurrente partes fiunt, & alter ab altero vicissim partem abstrahit *l. un. d.* §. 11. *vers. sin vero C. de caduc. toll.* In legato vero per damnationem non solum utrique solidum debebatur, sed uterque solidum consequebatur, neque concursu partes fiebant. Quamobrem nihil causæ est, cur cum Cujacio locum Ulpiani emendemus, ubi ait: *si duobus eadem res per vindicationem legata sit, siquidem disjunctim, singulis in solidum debetur*, & reponamus *singulis partes debentur.* Est hoc contra Justinianum in *l. un.* §. *sin vero cum seq. C. de caduc. tollend.* Debetur igitur utrique in solidum res disjunctim legata, sed legatum per damnationem concursu non minuebatur, nec alter ab altero partem abstrahebat, sicut in legato per vindicationem. Idque ideo, quia in hoc legato dominium rei legatæ, etiam sine ullo facto heredis, sola vi, & potestate legis transibat in legatarium *l legatum* 80. *D. de legat.* 2. *l. a Titio* 64. *D. de furt.* non poterat autem totius rei dominium in utrumque transire, cum duo domini in solidum esse non possint *l. duo* 19. *in princ. D. de precar. l. si ut certo* 5. §. *fin. D. commod. l. possidere* 3. §. *ex contrario D. de acq. pos.* propterea nec poterat ab utroque res legata in solidum vindicari, quæ hujus legati erat actio propria. In legato autem per damnationem non transibat dominium, nisi facto heredis, nec dabatur rei vindicatio, sed actio in personam, quæ nascebatur ex obligatione heredis, quam contraxerat adeundo, cum utroque legatario in solidum: res enim potest duobus deberi. Sed hæc omnia mutata sunt a Justiniano, qui in *d. l. un.* statuit, omnia legata induere naturam legati per vindicationem, sublata quacumque legatorum differentia.

Sexto, si legatum sit duobus, quorum 9
unus tantum possit capere legatum, totum ad eum pertinet. Veluti si legatum sit Titio, & posthumo, posthumo non nato, totum Titio acquiritur *l. si duobus* 16. §. *ult. ff. de leg.* 1. *l. utrum* 7. *ff. de reb. dub.* vel si legatum sit Titio & heredi, *l. plane* 34. *ff. de leg.* 1. *l. legatum* 116. §. 1. *ff. de leg.* 1. vel servo communi *l. Plautius* 45. *in princ. vers. communi autem ff. ad Leg. Falcid.* vel conjunctus non impleat conditionem *l. si tibi* 10. *ff. de leg.* 3. *l. si servo* 31. §. 1. *ff. de statulib.* vel si quis sibi, & Titio legatum adscripserit, Paul. *lib.* 3. *sentent. tit.* 6. §. 14. vel si servo communi sine libertate legetur, totum enim ad socium pertinet *l. verum* 63. §. *Si servo ff. pro soc.* Verumtamen si servo communi scribentis, & alterius, legatum fuerit adscriptum, inutile omnino est; quia lege Cornelia quasi falsum nomen servi subducitur; quo subducto in nullius persona potest consistere legatum *l. filius* 14. §. *sequens ff. ad leg. Cornel. de fals.*

Sed contrarium videretur dicendum, 10
quia ejuscemodi legata pro non scriptis habentur, & nulla sunt *l.* 1. 3. & 4. & 5. *ff. de his, quæ pro non script. hab.* sicut nulla sunt ea, quæ lege prohibente facta fuerunt *l. non dubium C. de legib.* Atqui quod nullum est, nullum parit effectum, quia non entis nullæ sunt qualitates *l. ejus qui* 41. *D. de reb. cred. l. denique* 4. *in fin. ff. de injust. rupt.* Non potest igitur legatum pro ea parte qua nullum est, quicquam juris tribuere conjuncto.

Nihili est hoc argumentum. Legatum 11
non

Digitized by Google

non est nullum; cum enim valeat in persona conjuncti, pars, quæ ad ipsum pertinet, ad se trahit partem vacantem, quam alter capere aut non potest, aut non vult. Imo pars vacans ipsa per se accrescit parti non vacanti, sicut alluvio accrescit fundo *l. si Titio* 33. *in fin. D. de usufr.* Amplius in conjunctis re & verbis, aut re tantum, totum habet uterque ab initio, & solum concursu scinditur legatum, & partes fiunt §. *si eadem* 8. *inst. tit. de legat. l.* 3. *D. de usufr. accresc. l. plane* 34. §. *sed si* 10. *D. de leg.* 1. *l. conjunctim* 80 *D. de legat.* 3. *l. si Fortidianum*. 7. *D. de legat.* Quocirca si collegatarius non concurrat, nec abstrahat partem a conjuncto, habet solidum legatum, quod ei a testatore datum ex *d. l. conjunctim* 80. *C. de leg.* 3. *l. un. vers.* 11. *sin vero*, ibi: *partes a priore abstrahentibus C. de cadue.toll.* Conjunctus igitur non habet partem vacantem a conjuncto, in cujus persona irritum est, nullumque legatum; sed a voluntate testatoris ex dispositione legis, & ipsius natura legati.

12 Contrarium tamen multis in legibus videtur respondisse veteres Jurisconsulti. Primum Pomponius in *l. si duobus* 16. *in princ. D. de leg.* 1. *Si duobus res conjunctim legata sit, quamvis alter in rerum natura non fuerit, alteri solam partem deberi puto verum.*

2. Ulpianus in *l.plane* 34.§.*si conjunctim ff.eod.Si conjunctim duobus res legetur, constat partes ab initio fieri: nec solum hi partem faciunt, in quorum persona constitit legatum: sed etiam hi quoque, in quorum persona non constitit legatum; ut puta si Titio, & servo proprio sine libertate.*

3. Marcellus in *l. hujusmodi* 84. §. *Si Titio, & Mævio* 8. *ff. eod. Si Titio, & Mævio legatus fuerit Stichus, qui Titii erat, debebitur pars Stichi Mævio: nam Titius, quamvis ad legatum non admittatur, partem faciet.*

4. Paulus in *l. si Titio* 7. *ff. Titio de leg.* 2. *Si Titio, & ei qui capere non potest, decem legata sint: quia duobus heres dare damnatur, & unus capere non potest: quinque sola Titio debentur.*

5. Scævola in *l. ult.* §. *Sejo* 2. *ff. eod. Sejo si mihi heres non erit, & uxori ejus Marcellæ argenti libras quindecim dari volo: quæro, cum Sejus heres extiterit, an Marcellæ legati dimidia portio debeatur? respondi, secundum ea, quæ proponerentur, deberi.*

6. Papinianus in *l. mulieri, & Titio* 74. *D. de cond. & dem. Mulieri, & Titio ususfructus, si non nupserit mulier, relictus est. Si mulier nupserit, quamdiu Titius vivit, & in eodem, statu erit, partem ususfructus habebit.*

Sequioris sæculi interpretes, quo tempore nondum in lucem prodierant Caji institutiones, & Ulpiani fragmenta, ut veteres jurisconsultos cum Justiniano, & inter se conciliarent, multa acutissime excogitarunt, sed pleraque commentitia, & a veritate prorsus aliena, quæ non est operæ pretium confutare: licet in foro malint eorum errores perspicuæ veritati anteponere. Dissidium Jurisconsultorum oritur non a diversitate opinionum, sed a differentia legatorum per damnationem aut vindicationem. In legatis per damnationem non erat jus accrescendi. Nam si disjunctim legatum erat duobus uterque solidum habebat, ut paulo ante exposuimus. Si conjunctim pars vacans non conjuncto accrescebat, sed manebat penes heredem. Ulpian. in *fragment. tit.* 24. §. 13. *Si per damnationem eadem res duobus legata sit; siquidem conjunctim, singulis partes debentur, & non capientis pars jure civili in hæreditate remanebat. Jure civili*, inquit, quia lege Papia caduca fiebat, & fisco deferebatur. Quocirca si alter ex legatariis capere non poterat, ejus pars ante legem Papiam penes heredem manebat, post legem Papiam fisco deferebatur, late prosequitur Justinianus in *l. un. C. de cadue.tol.* His præmissis indubitatum videtur in oppositis legibus JC. egisse de legato 13

per

per damnationem. Et quidem in plerisque id est certissimum.

14 De secundo, tertio & quarto res est perspicua. In secundo Ulpianus *in d. l. plane* ait, quod si conjunctim res duobus legata sit, constat initio partes fieri. Atqui non constat nisi in legato per damnationem, ut modo probavimus ex ipsius Ulpiani verbis. Etenim in legato per vindicationem concursu partes fiunt, ut ait idem Ulpianus in *d. tit.* 24. *de legat.* §. 12. & 13. ubi exponit differentiam inter utrumque legatum: & idem Ulp. in *l. idem Neratius* 4. *in princ. D. de usufr. accresc.* & Celsus in *l. conjunctim* 80. *D. de l.* 3. & Cajus in *l. utrum D. de reb. dub.* Qui conferet locum Ulpiani in fragmentis cum nostra *l. plane*, non poterit dubitare in hoc §. Ulpianum agere de legato per damnationem. Quocirca miror clarissimum virum, qui præ omnibus luculentissime doctissimeque scripsit, huic interpretationi non acquiescere levissima conjectura seductum. Ait enim, quod in §. *sequenti* agit Ulpianus de legato per vindicationem: ergo & in antecedenti fallax, & nullius roboris argumentum, quo si uti liceret, infinita propemodum falsa in jure nostro deduci possent. Idem Ulp. in *fragm. in* §. 12. agit de legato per vindicationem; in §. *seq.* de legato per damnationem. Lege, si vis, principium hujus legis, & intelliges, quam fallax sit hæc conjectura: nam quod ibi subjicit post verba: *at si*: nihil pertinet ad id, quod antea dixerat. Eadem particula utitur in §. *sequente* §. *conjunctim*, Ibi: *Sed si duobus*, quæ particulæ denotant diversitatem tum facti, tum juris. At, inquit, retinendum est idem thema. An vero non retinetur, cum in utroque §. agatur de legato, in quo unus ex conjunctis initio partem tantummodo consequi potest? Diversum autem est factum; quia in §. antecedenti agitur de legato per damnationem, in sequenti de legato per vindicationem. Diversum etiam jus, quia in illo legatarius nunquam potest consequi nisi partem, quia nunquam possunt inter se concurrere: in hoc vero quandoque concurrunt *l. cohæredi* 41. §. *cohæres* 6. *in fin. D. de vulg. & pupill.* scilicet existente conditione pupillaris substitutionis: ea vero non existente totum legatum habebit Titius, cui datum fuit in primis tabulis. Verum enim vero si progressus totius legis attentius perpendatur, omnia inter se apta sunt, atque connexa. Quærit enim Ulpianus, quando res legata bis debeatur; quando semel tantum: quando solidum: quando pars; & varias species enumerat, in quibus cuncta hæc contingunt. Cæterum explicatio legis, quam huic Vir doctissimus anteponit, est multo deterior. Ait enim, quod conjuncti partes quidem faciunt initio, non tamen ita, ut hoc impediat jus accrescendi. Celsus in *l. conjunctim* 80. *ff. de leg.* 3. *conjunctim heredes institui, aut conjunctim legari, hoc est, totam hereditatem, & tota legata singulis data esse: partes autem concursu fieri l.* 4. *in princ. ff. de usufr. accresc.* Et qui partem facit, excludit jus accrescendi *l. Papinianus* 8. §. *quoniam autem ff. de inoff. testam. l. plane* 34. §. *plane l. hujusmodi* 84. §. *Si Titio D. de leg.* 1. *l. unum ex familia* 67. §. *Si uno l. cum pater* 77. §. *libertis* 27. *ff. de leg.* 2.

Cætera jam prosequamur. In *l. hujusmodi* §. *si Titio* legata erat res aliena 15
quæ nonnisi per damnationem legari poterat: non autem per vindicationem, Ulp. in *fragm. c. loc. tit.* 24. §. 7. & 8. Cajus *inst. lib.* 2. §. 3. *tit.* 5. *per vindicationem res aliena relinqui non potest: per damnationem potest.*

In *l.* 7. *D. de leg.* 2. liquet agi de 16
legato per damnationem. Ibi: *quia duobus heres dare damnatur*, nihil clarius. Hoc amplius, ea verba indicant, aliter dicendum in legato per vindicationem: ratio enim, & causa, quamobrem sola quinque debeantur, ea est, quia heres dare damnatur: hoc est, quia legatum est per damnationem. In

Digitized by Google

17 In *l. ult.* §. *Sejo D. eod.* pariter agit Scævola de legato per damnationem, ut ostendit illis verbis: *dari volo.* Verba, quæ ad heredem diriguntur, propria sunt hujus legati: *dato*, *facito*, *dari jubeo*, *volo*, *damnas esto dare.* Ulpian. in *fragm. tit.* 24. §. 4. Paul. *lib.* 3. *sentent. tit.* 8. §. 10.

18 Superest primum, & ultimum. In primo, nempe in *l. si duobus* 16 *in princ. D. de leg.* 1. non constat quidem ex verbis ipsius legis, agi de legato per damnationem; tamen id perspicue apparet ex conjecturis: tum quia constat ex §. 1. in principio legis agi de eo genere legati: tum quia etiam in *l. plane* 34. §. *si conjunctim ff. eod.* in quo Ulpianus agit de legato per damnationem, illud iisdem verbis proponit, tum quia Paulus omnibus aliis Jurisconsultis adversaretur; & quod incredibile est, esset sibi ipsi contrarius; nam paulo post ait, quod si Titio, & posthumis legatum sit, non nato posthumo totum vindicabit. Ubi etiam observandum, quod exprimit, hoc tantum evenire in legato vindicationis, quia in legato damnationis non transferebatur dominium ipso jure, sed per traditionem heredis, contra quem dabatur actio personalis ex testamento. Id. Paulus *lib.* 3. *sentent. tit.* 8. §. 17. Cajus *lib.* 2. *tit.* 5. §. 3.

Ad ultimum suppeditat responsionem ipse Papinianus illis verbis: *tantum enim beneficio legis concessum esse mulieri intelligendum est, quantum haberet, si conditioni paruisset.*

Postremo illud monendum, hæc abolita fuisse a Justiniano in *l. un. C. de caduc. toll.* qui omnia legata æquiparavit legato vindicationis. Nihilominus hæc oportuit explicare, quia hanc legatorum differentiam ignorantes, multa opinionum vana commenta in vulgus ediderunt, quæ cauti doctique judices debent repudiare tamquam a veritate prorsus aliena.

## CAPUT XX.

### *Ad L. plane 34. §. 1. D. de leg. 1. & alias.*

### SUMMARIUM.

I *Eadem res uni bis, aut pluries in eodem testamento legata semel tantum debetur.*
II *In legato quantitatis facilius admittitur multiplicatio.*
III *Si ex duorum testamentis eadem res legata fuerit, ex utroque peti poterit.*
IV *Quantitas sæpius legata, sæpius debetur.*
V *Diversa re pluribus legata, non concurrunt, sed singuli integrum consequuntur.*
VI *Exponitur l. si sic* 13. *ff. de leg.* 3. *& conciliatur cum l. si servus* 108. *§. si ita scriptum ff. de leg.* 1. *& n.* 7. 8. 9. 10. 11. 12.
VIII *Particula* hoc amplius, *quandoque legatum legato adjicit; quandoque vero legatum primo relictum cum secundo communicat. & n.* 9.

Occurrit jam alia quæstio circa quantitatem rei pluribus legatæ, quantum cuique debeatur: utrum solidum, an vero pars: & cujusmodi pars. Distinguere oportet, utrum quantitas legata fuerit, an corpus: & utrum in eodem testamento, vel in duobus testamentis: & an eadem res pluribus legata sit, an uni, eidemque pluries. 1

Si uni bis, aut pluries legata sit, semel tantum debetur, si quidem in eodem testamento fuerit legata, *l. plane* 34. §. 1. *ff. de legat.* 1. *Si eadem res pluribus legetur in eodem testamento, amplius quam semel peti non potest: sufficitque vel rem consequi, vel rei æstimationem.* Atque id ex constitutione D. Pii, quæ tamen ad corpus in eodem testamento legatum solummodo pertinebat *l. Mævius* 66. *in princ. D. de leg.* 2. eam tamen ad quantitatem etiam extendit Ulpianus in *d. l. plane* 34. §. *sed si non corpus D. de leg.* 1. Hoc interesse puto inter legatum corporis, & quan-

quantitatis: quod in illo multo difficilius admittitur multiplicatio legati, cum corpus semel tantum præstari possit, & nostrum fieri §. *sed si rem* 10. *inst. tit. de legat.* §. *sic itaque* 14. *inst. de action. d. l. plane* §. *sed si non corpus*. Itaque nisi testator apertissime, & expressim declaverit, velle se legatarium bis consequi legatum, hoc est, non solum rem, sed etiam ejus æstimationem, solummodo corpus legatum consequetur ; ut de pluribus legatariis statuit Justin. in *l. un.* §. 11. *verf. sin autem disjunctim D. de caduc. toll.* Alias obstat tum constitutio D. Pii, tum natura ipsa legati, & voluntas testatoris, cui repugnat, deberi præter corpus, quod legavit, etiam æstimationem, quam non legavit. In legato quantitatis multo facilius admittitur multiplicatio, suffragante tum D. Pii constitutione, tum ipsa ratione: summa enim pluries præstari potest *d.* §. *sed si non corpus*. Quocirca, si legatarius evidentissimis probationibus demonstraverit, voluisse testatorem summam legatam sæpius præstari, eam sæpius exigere poterit *d.* §. Ecce, si a duobus hæredibus nominatim, ac separatim quinque legaverit, ab utroque legatarius quina poterit exigere *l. si pluribus* 44. §. *ult. D. de leg.* 2. Idem traditum & de re legata in *l. quid ergo* 53. §. 1. *D. de leg.* 1. Sed ibi testator rem solidam legaverat, adeoque expressim declaraverat ab utroque solidam partem præstandam. Rursus, si quingenta Titio legata fuerint in testamento, & iterum quingenta legentur in codicillis, poterit Titius quingenta exigere ex codicillis, & tantumdem ex testamento: nisi hæres probaverit secundam scripturam inanem esse, vel quia testator oblitus fuerit, se ea legasse in testamento; vel quia repetere, non multiplicare legatum voluerit *l. quingenta* 12. *D. de probat.* Contrarium autem traditum de re, & corpore legato *l. Mævius* 66. §. *eum qui D. de leg.* 2.

3 Quod si duorum testamentis eadem res eidem fuerit legata, poterit ex utroque testamento legatum consequi. Sed etiam in hoc differt legatum corporis a legato quantitatis. Nam in legato corporis, si ex uno testamento corpus legatum fuerit consecutus, non poterit ex alio testamento idem corpus petere, imo nec ejus æstimationem §. *si res aliena* 6. *inst. tit. de legat.* quia placuit duas causas lucrativas in eumdem hominem, eamdemque rem concurrere non posse *d.* §. *si res l. omnes* 17. *l. ex promissione* 19. *D. de oblig. & act. l. si servus* 108. §. *Stichum* 4. *D. de leg.* 1. *l. nutu* 21. §. 1. *D. de leg.* 3. ideo dolo facit, & doli exceptione submovetur, qui petit id quod ex causa lucrativa est consecutus *l.* 4. §. *si quis autem* 29. *D. de doli mal. except.* Si autem ex uno testamento æstimationem consequatur, ex alio rem petere non prohibetur, *d.* §. *si res aliena*. Nec obstat, quod ait Julianus in *l. hujusmodi* 84. §. *si Sempronius* 2. *D. de leg.* 1. quod qui æstimationem consecutus est, exceptione repelli potest, si pretio contentus non sit. Nam ibi Titius legaverat Mævio pure, quod ipsi debebat ex testamento Sempronii post biennium. Si legasset post biennium, inutile esset legatum, quia nullum affert Mævi commodum *l. unum ex familia* 67. *in princ. D. de leg.* 2. *l. si mihi Sempronius* 100. *D. de leg.* 1. Eatenus igitur legatum a Titio relictum Mævio creditori valet, quatenus ei affert commodum repræsentationis, ut possit statim exigere, quod non poterat nisi post biennium §. *ex contrario inst. tit. de legat. l. sin autem* 29. *D. de leg.* 1. *l. Mævius* 66. *in princ. verf. debitor D. de leg.* 2. Quapropter, id quod diximus de re duobus testamentis legata, non pertinet ad legatum relictum a debitore, qui rem, quam legat, ex testamento debebat: tunc enim semel tantum debetur. Sed quid rei est, cur tam varie decernatur? nempe quia, qui habet rem, habet etiam ejus æstimationem, hoc est, quanti res est: idcirco, si rem consecutus est,

est, posset etiam consequi ejus æstimationem: concurrerent in eamdem rem duæ causæ lucrativæ. Contra qui æstimationem habet, rem non habet: absurdum est dicere, eum, qui centum habet, habere res omnes, quæ centum æstimari possunt: esset enim Creso longe locupletior *l. tantum* 88. *D. de V. S.*

4 In legato quantitatis aliter statuendum est: nam in quantitate cessat regula duarum causarum lucrativarum *l. Titia Sejo* 87. *in princ. D. de leg.* 2. Nam cessat etiam in tessera frumentaria, quia in ea magis quantitas, quam corpus consideratur *d. l. & mortuo bove* 49. §. 1. *D. eod.* Quamobrem quantitas sæpius legata, sæpius debetur: tum quia sæpius præstari potest *l. plane* 34. §. *sed si non corpus D. de leg.* 1. tum maxime, quia non idem legatur: est enim par quantitas, non vero idem corpus. Is, cui legata sunt decem in duorum testamentis, consequitur viginti, non autem bis eadem decem; sed alia decem ab uno, alia ab altero. Nec ab utroque testatore eadem decem ipsi legata sunt; quia cum decem in genere legata sint, orationis compendio singula, quæ sunt ejus generis, continentur *l. Mævius* 66. §. *non idem D. de leg.* 2. Quemadmodum igitur, si homo in genere legatus fuerit duorum testamentis, ab utroque hærede singulos homines consequi potest legatarius, diversos inter se, atque distinctos *d. l. Mævius*: ita si decem in genere legata fuerint, potest ab utroque decem consequi, quia ea decem, quæ solvet primus hæres, non sunt eadem decem, quæ solventur a secundo: nec legatarius hæc, vel illa decem persequitur, ac petit, sed decem in genere. Nam si certum corpus nummorum peteret, non recte ageret §. *si quis agens* 33. *vers. præterea inst. tit. de action. l. cum is cui* 32. §. *ult. ff. de condict. ind.*

5 Veniamus ad legatum pluribus relictum. In his hoc primum perpendere oportet: utrum eadem res omnibus legata fuerit: an diversa singulis. Si diversa, utique singuli integram rem legatam consequuntur, nec scinditur inter eos legatum. Ecce, testator Titio, & Mævio singulos servos legavit: vel Titio unum servum, alterum Mævio, tam Titius, quam Mævius integrum servum sibi legatum consequentur *l. hujusmodi* 84. §. *quibus ita ff. de leg.* 1. non tamen Mævio deficiente poterit Titius Mævii servum petere, quia non sunt conjuncti, nec simul concurrunt propter rei legatæ diversitatem *d. §. quibus ita.* Idem dicendum, si testator Titio legaverit partem, ut puta, orientalem fundi Corneliani, Mævio occidentalem. Duæ enim partes diversæ legatæ, seu potius duo diversi fundi *l. si quis* 6. §. *si quis partem ff. comm. prædiorum l. recte dicimus* 25. §. 1. *ff. de V. S.* Fundi enim hominum destinatione constituuntur, *l. quod in rerum* 24. §. *quod si post ff. de leg.* 1. Hinc quæritur, an si Titio fundum legaverit testator, Mævio autem fundi usumfructum; Mævius totum usumfructum habere debeat; an vero pro dimidia tantum parte. Dicendum videtur totum usumfructum ad Mævium pertinere: nam legando usumfructum Mævio, videtur illum a Titio in Mævium transtulisse *l. sicut* 5. *ff. de adim. leg.* Placuit tamen pro dimidia tantum parte ad Mævium pertinere: quia cum Titio fundum legat, non sola, & nuda proprietas, sed proprietas cum usufructu, legato continetur, etiamsi testator solam proprietatem errore lapsus legare voluerit: ac propterea in usufructu conjungit Mævium Titio, eique ipsum communicat *l. si quis alii* 19. *ff. de usufr. leg. l. si tibi decem* 6. *ff. de usufr. ear. rer. l. Sempronius Attalus* 26. §. 1. *ff. de usufr. leg.* Nec dici potest, testatorem transtulisse usumfructum in Mævium, cum non legaverit ei usumfructum facta commemoratione ususfructus Titio legati, veluti hoc modo: *usumfructum, quem Titio legavi, Mævio do, lego*, ut in *d. l. sicut ff. de adim. leg.* Igitur dimidium tantummodo usus-



Digitized by Google

fructus habere debet Mævius. Idemque est, si fundus duobus legatus fuerit *d. l. Sempronius in fine*, itemque si uni fundus, duobus usufructus legetur *d. l. Sempronius*, & *d. l. si tibi decem §. ult.*

6 Illud controversum est, an, si quis ita legaverit: *Titio fundum do, lego Sejo hoc amplius decem*: an Titius totum fundum sit habiturus, an vero ipsum partiri debeat cum Sejo. Mæcianus in *l. si sic locutus* 13. *ff. de legat.* 3. ait: *non erit dubitandum, quin Sejus, & fundi partem, & decem ex testamento percipere debeat.* Atque id secundum rectam rationem latini sermonis. Etenim cum dicimus: *Titius accepit quinque, Sejus hoc amplius fundum: Sejum quoque quinque accepisse intelligimus l. si pure* 54. *ff. de legat.* 3. Habet enim vim repetendi præcedentia, particula *amplius*, *hoc amplius l.* 1. *§. Divus* 22. *ff. de quæst. l. avia* 77. *in princ. ff. de cond. & dem. l. uxori* 33. *§. ult. ff. de leg.* 3. *l. nemen* 34. *in princ. eod.* Addit enim aliquid ei, quod supra dictum est *l. qui saltum* 67. *ff. de*

7 *leg.* 3. Verumtamen contrarium omnino respondit Africanus in *l. si servus* 108. *§. si ita scriptum ff. de leg.* 1. *Si ita scriptum erit: amplius, quam Titio, legavi, hæres meus Sejo decem dato: dubitandum non erit, quin, & Titio suum legatum maneat, & Sejo nihil ultra decem debeatur: nam & usitatum fere est sic legare: Lucio Titio tot, & hoc amplius uxori, & liberis ejus tot.* Quid dicendum? Videntur pugnantia dicere. Uterque pro certo, & indubitato dicit. Ego ita alterum alteri conciliandum esse arbitror. Verba *hoc amplius* plerumque, ac præsertim in jure nostro significant: *insuper, præterea, ultra*, ut in *l. qui ita* 3. *ff. de dot. prel. l. si pure* 54. *ff. de leg.* 3. *l. avia in princ.* 77. *ff. de cond. & dem. l. uxori* 33. *§. ult. l. seq. in princ. ff. de leg.* 3. *l. qui saltum* 67. *ff. eod.*

8 Sed maxime est observandum, quo spectent hæc verba. Si ad legatum; tunc legato legatum adjiciunt; & præter id, quod primo legavit, insuper secundo etiam aliud legatum testatorem relinquere voluisse demonstrant. Constituunt igitur duo legata distincta, ac separata tum ratione personarum, tum ratione rerum, quæ inter se diversæ nulla conjunctione copulantur. Si vero verba illa spectent ipsos legatarios: tunc eorum personas conjungunt, & ostendunt testatorem vocasse secundum in partem primi; & legatum cum secundo communicare voluisse: & ultra quippiam aliud ei relinquere, quod ipse totum, atque integrum perciperet. Verba enim *hoc amplius: insuper: ultra*, significant aliquid aliud ei fuisse legatum. Quocirca quæsitum fuit: an si ei, cui nihil legatum erat, cum hac adjectione: *hoc amplius*: aliquid legetur, valeat legatum; idemque quæsitum est etiam de stipulatione in *d. l. si servus §. si ei, cui* 8. *ff. de legat.* 1. Et quia verba superflua non vitiant obligationem, & pro supervacuis habentur *l. quæ extrinsecus* 65. *in princ. ff. de V. O.* idcirco in *d. §. si ei, cui* valere tum legatum, tum etiam stipulationem respondit Africanus. His animadversis manifestum est in *d. l. si servus §. si ita scriptum ff. de legat.* 1. verbum *amplius* ad legatum ipsum spectare, & testatorem non voluisse personas legatariorum conjungere: sed adjicere legatum legato, quod Titio antea reliquerat. *Amplius quam Titio legavi, hæres meus Sejo decem dato.* Utique manet integrum Titio suum legatum, nec quicquam ei detrahit legatum Seji. Testator enim commemorat legatum Titio datum, non ut ipsum minuat, & cum Sejo communicet: sed ut legato Titii adjiciat legatum Seji, hæredemque legato jam oneratum, oneret alio legato; cum verbum *amplius* ad legatum Titii manifesto referatur, non ad personam Seji. Tantum autem abest, testatorem voluisse minuere legatum Titii, quin potius illud commemorando confirmet. Perinde enim est, ac si dixisset: præter id, quod Titio legavi, hæres meus Sejo decem dato, ut in *l. Sejo* 10. *§. uxori*

Digitized by Google

*ri ff. de an. leg.* ubi observandum, quod adjectio verborum *præter id*, *amplius quam*, & similium initio posita ad commemorandum primum legatum, non habet vim repetendi ejus qualitates in secundo; nam primum quotannis, secundum semel tantum, præstandum est. Licet repetendi vim habere soleat *l. si pure* 54. *ff. de leg.* 3. *l. si avia* 77. *ff. de cond. & dem.* quod & de particula *item* responsum est in *l.in repetendis* 63. *D.de leg.*3.

9 Contra in *l. si sic locutus* 13. *D. de leg.* 3. verba *hoc amplius* spectant personam legatariorum, atque adeo eos conjungunt, Sejumque participem faciunt legati, quod Titio in eadem atque unica oratione simul relinquitur. *Heres Titio fundum dato: Sejo hoc amplius decem.* Perinde est ac si dixisset: *Seja præter fundum; ultra fundum* decem dato. Verba enim *hoc amplius* ad Sejum relata vim habent repetendi fundum in persona Seji *l. si pure* 54. *D. de leg.* 3. Ibi: *verius e verbo amplius superiora repeti.* Idque Pomponius duobus confirmat exemplis, quorum postremum adamussim nostro convenit. *Titius accepit quinque, Sejus hoc amplius fundum. Sejum quinque quoque accepisse intelligimus.* Nimirum verba illa; *hoc amplius* significant Sejum præter quinque, quæ etiam Titius acceperat, insuper fundum accepisse. Simile est exemplum Juliani in *l. qui ita* 3. *D. de dot.præleg. Titiæ amplius, quam dotem, aureos tot hæres meus damnas esto dare: manifestum est, dotem quoque relegasse.* Licet enim in nostra lege non sit additum: *amplius quam fundum*; tamen cum post fundi nominationem illico subjecerit: *hoc amplius:* idem omnino significavit; nempe *amplius fundo, amplius quam fundum, præter fundum.* Terent. in *Andria act.* 1. *scen.* 1. *Quid est, quod tibi mea ars efficere hoc possit amplius;* nempe amplius quam *hæc curare*, quod supra dixerat Cic. *epist. lib.* 9. *ep.* 25. *ad Pætum. Itaque obtemperare cogito præceptis tuis: hoc amplius, navicularum habere aliquid in ora maritima.* & ad Brutum *ep.* 5. *Cui cum essem assensus, hoc amplius decrevi &c.*

Sed his obstat exemplum, quo Africanus confirmat sententiam suam in laudata *l. si servus* 108. §. *si ita scriptum.* Ibi: *nam & usitatum fere est sic legare Titio tot, & hoc amplius uxori, & liberis ejus tot.* Hoc exemplo convincitur falli eos, qui putant in *d. l.* 13. *ff. de leg.* 3. ita responsum a Marciano fuisse propter conjunctionem scripturæ: ad quod probandum afferunt *l. ult. ff. de reb. dub.* Etenim nulla major scripturæ conjunctio potest excogitari ea, quæ est in hoc exemplo Africani. Enimvero non nego plurimum hac in re scripturæ conjunctionem valere: sed tamen hæc nodum non solvit, nec Marcianum Africano conciliat, quoad hoc exemplum. 10

Ego puto expendenda esse illa verba: 11 *nam & usitatum fere est ita legare: Lucio Titio tot &c.* Usitatum est; quod usu est introductum, remotum a ratione juris, ejusque regulis; atque ita non solum in jure nostro, sed etiam a latinis auctoribus usurpatur; ut apparet ex *l. item si* 17. §. *principaliter ff. de recept. arb.* in *l. si quis* 24. *ff. de usufr. l. sine hærede* 32. §. *Lucius Titius ff. de administr. tut. l. illud* 19. *ff. de excus. tut.* Usitatum enim dicitur, quod usu, & consuetudine receptum est, idque vim legis habet *l. de quibus* 32. *ff. de legib.* Cic. *lib.* 5. *in Verr. Alius, ne condemnaretur, pecuniam dedit: usitatum est.* Est hoc contra jus, sed tamen inter improbos erat in usu. Idemque pro *A. Cæcin. Nam id quidem, tametsi improbe fit, tamen malitia est jam usitatum*: & in *ead. orat. At vero hoc quidem jam vetus est, & majorum exemplo multis in rebus usitatum.* Igitur usu receptum erat Africani tempore, ut, qui familiæ legare volebat, primum legaret patrifamilias, & deinceps uxori ejus, & liberis cum illa adjectione: *hoc amplius:* quæ legata simul conjungebat, quia eidem familiæ relicta

 erant

erant, non autem conjungebat personas legatariorum. Ea quidem ratione, ut arbitror, quia verisimile non est, testatorem, qui principaliter honorare voluit familiæ caput; ejusque respectu etiam ejus uxorem liberosque, voluisse eos diminuere legatum patrisfamilias, a quo aluntur, & sustentantur. Honorando uxorem & liberos legato, honorat simul & patremfam. non debet igitur hic honor in ejus incommodum, ac detrimentum verti, ac produci *l. nulla juris 25. ff. de legib.* Maxime vero quia, cum liberi acquirant parentibus, legatum relictum liberis vergit in commodum, & utilitatem parentis: non debet igitur ad ejus incommodum, damnumque produci *d. l. nullas & l. quod favore 6. C. de legib.* His de causis in hujusmodi legato receptum fuit, ut verba, *hoc amplius*, non repeterent, neque minuerent legatum præcedens. Hujus autem exemplo Africanus putavit, non habere diversam vim in specie a se proposita, in qua ex ipsa verborum structura constabat, testatorem voluisse prius legatum confirmare, non vero minuere, ut demonstravimus.

12 Non inscite meo judicio addi posset, quod ex verbis Africani non apparet, an id usu receptum esset in legato, in quo decem, ut puta, utrisque relinquebantur; an in quo dena. In hoc enim utrisque decem debentur *l. si quis testamento 79. ff. de leg. 1.* At enim Africani verba sunt generalia. Ita sane: Sed ab usu, qui tunc invaluerat, & ad quem referuntur, qui particularis erat, restringuntur. Præterquam, quod *in ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quæ vitio caret, l. in ambigua 19. ff. de legib.* vitio autem caret, quæ aliis legibus est consentanea *l. 1. §. nulla 8. l. 2. §. contrarium 15. C. de vet. jur. enucl.*

## CAPUT XXI.

### *Ad l. 3. in fin. ff. de his, quæ pro non script. hab.*

### SUMMARIUM.

I *Occasio de proposita regula differendi.*
II *Regula demonstrat, spectandum esse tempus conditi testamenti, ut definiatur, an valeat legatum.*
III *In quibus legatis dies cedat ab adita hereditate.*
IV *Regula locum habet in legatis, in quibus dies cedit a morte testatoris. Exempla. & n.* V. VI.
VII *Ex contrario locum non habet in iis, quorum dies non cedit a morte testatoris. Exempla. & n.* VIII.
IX *Regula non pertinet ad hereditates.*
X *Neque ad contractus, quamvis in his servetur regula similis Catonianæ. Exempla in stipulatione.*
XI *In manumissione.*
XII *Regula non pertinet ad eas dispositiones, quæ collatæ fuerunt in tempus mortis. Exempla.*
XIII *In servis, quibus aliquid legatum est, non spectatur tempus conditi testamenti. Et n.* XIV. XV. XVI.
XVII *Qualitas a testatore requisita, sufficit legatario de tempore mortis. & n. XX.*
XVIII *Qualitatem, quam legatarius habebat tempore testamenti, si postea amittat, admittitur ad legatum, & n.* XIX.
XX *In legatis præstandis ob bonorum possessionem contra tabulas, qualitas requiritur de tempore mortis.*
XXI *Exponitur l. cum servus 39. §. si Titius ff. de leg. 1.*
XXII *Exponitur l. non oportet 52. ff de leg. 2.*

IIs, quæ diximus, laciniam attexere de 1
tempore, quod spectandum est ad interpretandam dispositionem, alienum non erit. Hac de re ita distinguendum arbitror. Aut quæritur de validitate actus: aut de re, quæ in dispositionem deducta est. Primum de validitate actus, quid juris sit, inquiramus. Quoad validitatem actus duæ regulæ a veteribus proditæ sunt. Prima generalis est ad omnes actus pertinens; tam ad actus inter vivos,

vos, quam ad ultimas voluntates. *Quæ in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur l. 3. in fin. ff. de his, quæ pro non scrip. hab.* Secunda præcipue pertinet ad ultimas voluntates: *quod ab initio inutile fuit, ex post facto non convalescit l. pen. l. omnia* 201. *ff. de R. J. l.* 1. *ff. de Reg. Caton. l. cætera* 41. §. 2. *ff. de leg.* 1.

2 Hanc secundam, quæ natura prior est, prius explicemus. A Catone prodita fuit hæc regula, & a Veteribus JC. recepta, & usu juris communiter approbata. *Quod si facti testamenti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere, l.* 1. *ff. de Reg. Caton.* Hæc regula nobis demonstrat spectandum esse tempus conditi testamenti, ut definiatur, utile sit, an inutile legatum. Hoc tamen non sufficit, nam & tempus mortis spectandum est, propter aliam regulam, quam primo loco supra posuimus. Si enim post conditum testamentum devenerit in eum casum, a quo incipere non potuisset, inutilis fit tam institutio, quam legatum. *l.* 3. *in fin. D. de his, quæ pro non scrip. hab.* Multum tamen interest inter hæredis institutionem, & legata. Etenim in hæredis institutione tria tempora spectantur, conditi testamenti, mortis, & aditæ hæreditatis, §. *in extraneis instit. tit. de hæred. qual. & differ.* In legatis autem spectatur tantummodo tempus conditi testamenti, & mortis, quia legati dies cedit a morte testatoris *l. si post diem* 5. *D. quand. di. leg. ced.* nec aditio hæreditatis diei cessioni moram facit *l. hæreditatis aditio ff. eod.* Regula autem Catoniana non pertinet ad ea legata, quorum dies non cedit a morte testatoris, sed post aditam hæreditatem *l.* 3. *ff. de Reg. Caton.* Sed de his distinctius est dicendum.

3 Legatorum dies aliquando cedit a morte testatoris, idque plerumque evenit; aliquando cedit a die hæreditatis, ut accidit in legato libertatis *l. un.* §. *libertatibus* 6. *C. de caduc. tollen. l nam cum libertas* 8. *ff. quand. di. leg ced.* in legato usufructus, habitationis, & aliis, quæ personæ cohærent *l.* 3. §. 1. *in fin. l. si habitatio* 9. *l. si usufructus* 14. *ff. eod* & generaliter in omnibus legatis sub conditione, vel sub incerto die relictis, non cedit ante eventum conditionis vel adventum diei *l.* 5. §. *sed si sub conditione, l. si dies* 21. *l. si Titio* 22. *& passim ff. eod.* In legatis enim, quibus dies certus adjectus est, cedit a morte testatoris, perinde ac in puris, neque dies certus legatum suspendit in incertum *d. l. si post diem* 5. *in princ. & d. l. si Titio* 22. *ff. eod.*

In legatis igitur, quorum dies cedit a morte testatoris, initium spectandum est, ac si illud vitiosum fuisset, legatum est inutile. Quod ut exemplis enucleate explicemus, primum exemplum petimus ex *l. cætera* 41. §. 1. *ff. de leg.* 2. Senatusconsultum Aviola & Pansa Consulibus factum decrevit, non posse legari ea, quæ ædibus juncta sunt *d. l. cætera* 41. §. 1. Quidam legavit marmora & columnas, quæ ædibus junctæ erant; inutile est legatum. Ea postea ab ædibus separata fuerunt, & quidem ante mortem testatoris Quæritur, an legatum, quod initio fuit inutile, convaluerit per separationem: & responsum est, non convalescere, quandocumque ab ædibus separantur, *d. l. cætera* §. *tractari* 2. Aliud exemplum in ea lege proponitur: legavi tibi rem tuam: etiamsi post testamentum factum eam alienaveris, tamen legatum non convalescit. 4

Tertium exemplum proponitur in *l.* 3. *in princ. ff. de his, quæ pro non script. haben.* Legavi in metallum damnato, legatum est inutile, excepto legato alimentorum: idem si legatarius post factum testamentum in metallum datus fuerit: quia utroque tempore eum capacem esse oportet, ut legatum sustineatur, tempore facti testamenti & tempore mortis. Media ta- 5

tamen tempora non nocent: nam si legatum fuerit civi Romano, & is postea fuerit deportatus, & ante mortem testatoris restitutus, legatum consequetur, quia & tempore facti testamenti, & tempore mortis fuit capax consequendi legati *l. sed si conditioni 6. §. solemus ff. de hæred. inst. l. liber homo 59. §. si hæres ff. eod.*

6 Quartum est in servo. Quidam servo suo legavit non data libertate: postea libertatem est consecutus: legatum non convalescit *l. servus 4. C. de leg.* Aliud: Legatum est servo hæredis: is de potestate hæredis exiit vivo testatore, Legatum nec valet ab initio *l. si legatarius 8. §. servo D. de leg. 3.* nec convalescit eo alienato *§. an servo 32. inst. tit, de leg.*

7 In legatis autem, in quibus dies non cedit a morte testatoris, regula Catoniana non obtinet *l. 5. D. de Reg. Caton.* Hujusmodi legata non unius generis sunt. Primo occurrunt legata conditionalia. In legatis sub conditione relictis dies cedit ab eventu conditionis, *l. si post diem 5. §. sed si 2. D. qu. di. leg. ced.* Et ideo hæc legata non impedit regula Catoniana, quia ad ea non pertinet *l. cætera 41. §. tractari D. de leg. 1. l. 1. §. 1. l. 2. D. de reg. Caton.* Sicut non pertinet ad institutiones conditionales *l. ult. D. de reg. Caton.* Idem omnino dicendum, si dies incertus fuerit adjectus: nam in testamento dies incertus conditionem facit *l. dies incertus 75. D. de cond. & dem.* & conditio appellatur *l. un. §. sin autem C. de caduc. toll. l. si dies 31. D. qu. di. leg. ced. l. 1. §. ult. D. ut legat. nom. cav.* dies legati non cedit a morte testatoris, sed cum venerit dies *d. l. unic. §. sin autem & d. l. si dies 21. in princ.*

8 Secundo occurrit libertas servo data, cujus dies non cedit, nisi ab adita hæreditate *l. nam cum libertas ff. quan. di. leg. ced. l. un. §. libertatibus C. de caduc. toll.* Et ideo si servo proprio cum libertate legetur, dies legati cedit ab adita hæreditate, & locum non habet regula Catoniana *l. cum legato 17. D. quan. di. leg. ced. l. si optio 13. D. de opt. leg.* Idem si servus alicui legetur, & servo legatum relinquatur *d. l. si optio 13.* Monendum tamen est, quod si fuerit institutus hæres necessarius, tunc dies legati cedit a morte testatoris, quia necessarius statim acquirit hæreditatem sine ulla aditione, & ideo tunc locum habet regula Catoniana *d. l. si optio 13.* Illud etiam monendum, quod si quis servo suo libertatem dedit, utrumque tempus tam conditi testamenti, quam mortis spectandum est: nam si a vivo testatore fuerit alienatus, non potest consequi libertatem, quia tempore mortis non est capax legatæ libertatis *l. servus 35. ff. de manum. testam.* Non quod huic obstet regula Catoniana, quia legatum libertatis servo proprio relictæ valet ab initio *§. 1. instit. de hæred. instit.* sed quia testator servo alieno libertatem dare non potest, & alienando videtur a legato recessisse *d. §. 1.* nec potest servus obtinere directam libertatem ab eo, qui dominus non est *§. servi instit. tit. de libertin. l. servus 13. ff. de manumission. l. servi 17. ff. eod.*

Sed hæc regula plures habet exceptiones: non raro enim ea locum non habet. 9 Ac primum non pertinet ad hæreditates *l. 3. ff. de reg. Caton.* Non ignoro, Cujacium scite docteque, ut solet, legem emendare, ac monere legendum: *Catoniana regula non pertinet ad libertates.* Sed potest defendi lectio vulgaris. Etenim Catonis regula nominatim concepta est de legatis *l. 1. in princ. ff. de reg. Caton.* Et quamvis idem, quod Catonis regula definit de legatis, receptum sit etiam in institutionibus, nempe quod in illis etiam spectetur tempus conditi testamenti, & mortis; tamen id non a regula Catoniana desumptum videtur, cum regula, quæ observatur in hæreditatibus, latius pateat, quia comprehendit etiam tempus aditionis *§. in extraneis instit. tit.* de

Digitized by Google

*de hæred. qual. & differ. l. ſi alienum §. 1. ff. de hæred. inſtit.* Nec movet, quod ait Ulpianus in *l. 4. ff. de reg. Caton.* quod Catonis regula ad inſtitutiones conditionales non pertinet. Nam hoc ipſum demonſtrat regulam receptam in inſtitutionibus eſſe diverſam a regula Catoniana. Etenim regula, quæ recepta eſt in inſtitutionibus, obtinet, ſive pure, ſive ſub conditione hæres fuerit inſtitutus, ut docet Imperator noſter in *§. in extraneis inſtit. tit. de hæred. qual. & differ.* Nec novum eſt, quod idem obſervetur etiam quoad illos actus, ad quos regu-
10 la Catoniana non pertinet. Quamvis enim regula Catoniana ſolum quoad ultimas voluntates tradita fuerit: tamen etiam in contractibus ſimilis regula obſervatur. Etenim ſi quis rem ſuam ſtipuletur, inutilis eſt ſtipulatio, etiamſi poſtmodum fiat aliena, niſi eam fuerit ſtipulatus ſub conditione, & pendente conditione fuerit alienata *§. idem juris inſtit. tit. de inut. ſtipul.* Et ſi quis rem ſacram aut religioſam ſtipuletur, aut uſibus publicis deſtinatam, inutilis eſt ſtipulatio, etiamſi poſtea profana, aut privata fiat: item ſi hominem liberum ſtipuler, iſque poſtea ſervus fiat, non reviviſcit ſtipulatio, quæ ab initio fuit inutiliter contracta *l. inter 83. §. ſacram 6. D. de V. O.* In his autem ſtipulationibus illud eſt omnino ſingulare, quod ne quidem ſub conditione contractæ valent: quia nefas eſt expectare, aut deſiderare, ut homo liber ſervus fiat; res ſacra, aut religioſa fiat profana *d. l. inter §. ſacram D. de V. O.* Imo, & ſi quis ſervum ſtipuletur, qui poſtea liber fiat, etiamſi iterum in ſervitutem recidat, tamen ſtipulatio, quæ per libertatem ejus facta erat irrita, non convaleſcit, eo in ſervitutem iterum redacto, licet Celſus contra exiſtimaret, exemplo navis adductus, quæ ſi a domino diſſolvatur, & iiſdem tabulis reficiatur, domus, quæ ſi deſtruitur, & ex iiſdem cæmentis rurſus ædificatur, convaleſcit ſtipulatio. Cui argumento reſpondet Paulus in *l. quæ res 98. §. ult. D. de ſolut.* & in *d. l. inter ſtipulantem 83. §. ſacram D. de V. O.* & teſtatur Celſi ſententiam admiſſam non eſſe: itaque in *l. ſi chorus 79. D. de leg. 3.* quæ eſt ipſius Celſi, addenda eſt particula *non*: & ita legendum. *Servus quoque legatus, ſi inter m manumittatur, & poſtea ſervus factus ſit, peti non poteſt.* Aliter enim ſententia Celſi admitteretur, quam admiſſam non eſſe Paulus teſtatur, eamque falſam eſſe demonſtrat in laudata *l. quæ res 98. §. ult. D. de ſolut.*

Aliud exemplum in actibus inter vi- 11
vos proponitur a Paulo in *l. ſi ſervo 20. D. qui & a quib. man. lib. non fiant.* Servum alienum ſine conſenſu domini manumiſi: nulla eſt manumiſſio. Poſtea fio hæres domini; non convaleſcit manumiſſio: nec aditione hereditatis libertatis datio confirmatur.

Sed hæc recepta ſunt non propter regulam Catonianum, quæ pertinet ſolum ad legata, de quibus expreſſe fuit a Catone prodita; ſed propter aliam regulam generalem traditam in *l. quod initio 29. D. de R. J.* ubi Paulus ſtatuit hanc regulam: *Quod initio vitioſum eſt, non poteſt tractu temporis convaleſcere.*

Secundo non pertinet ad eas diſpoſitio- 12
nes, quæ collatæ fuerunt in tempus mortis. In his enim ſolum tempus mortis attenditur. Et hoc ideo, quia ante mortem non videtur perfectus actus, qui in tempus mortis eſt collatus ob voluntatem ipſius diſponentis, qui ad mortem ſolummodo reſpicit, & ideo tunc dare videtur, licet nunc de dando diſponat *l. non videtur 32. D. de donat. cauſ. mort.* Primum exemplum ſit in donatione cauſa mortis, in qua ſufficit donatarium capacem eſſe tempore mortis, etiamſi eſſet incapax tempore donationis *l. in mortis 22. ff. eod.* Alia duo exempla proponuntur in *l. 1. ff. de reg. Caton.* Quidam ita legavit: ſi poſt calendas mortuus fuero, Titio dato. Si ſtatim mortuus fuiſſet, legatum non deberetur: eo mor-

tuo

tuo post calendas; debetur. Sed legatum debetur, tum quia collatum est in tempus mortis: tum vero maxime, quia ab initio non fuit inutile legatum. Potius enim non fuit ab initio datum, quam datum inutiliter: legatum enim Titio utiliter datur, cum Titius sit capax legati. Datum autem ab initio non est, propter adjectionem conditionis, qua id efficitur, ut nihil legatum sit, si testator ante calendas moriatur. Quoties legatum ab initio inutiliter datum non est, regula Catoniana locum non habet: ut alias dicemus. Aliud exemplum proponitur in §. *ult. ejusd. l.* Legatus tibi fundus est, qui scribendi testamenti tempore tuus erat: si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debetur, quod si testamenti tempore testator decessisset, non deberetur. Sed in hoc legato supponendum est, adjectam fuisse similem conditionem, videlicet: *si tempore mortis fuerit alienus*. Caeterum si pure fuerit legatus fundus, utique non convalescet legatum, etiamsi mortis tempore fuerit alienus, *l. caetera* 41. §. *tractari D. de leg.* 1. Valet autem adjecta conditione: *si tuus non erit cum moriar l. heredem* 18. *D. de leg.* 2. *l. mea res* 98. *D. de cond. & demonst.* Tertium exemplum proponitur in *l.* 2. *D. de reg. Caton. Si filia mea Titio nupta erit*: spectatur tempus mortis: nam hae conditiones in tempus mortis conferuntur *l. in conditionibus* 19. *D. de cond. & dem. l.* 2. *& l. scribit* 34. *D. de aur. & arg. leg.* imo tardius etiam producuntur, patrocinante testatoris voluntate *d. l. in conditionibus in princ.* Haud aliter est constitutum in institutione posthumi: nam & is, qui uxorem non habet posthumum instituere potest: imo & qui generare facile non potest, & spadones possunt posthumum instituere; & instituto posthumo non solum is institutus videtur, qui nascitur ex ea, quam habet uxore, sed etiam is, qui, ex quacumque uxore nascetur quandocumque: nam & haec institutio ultra mortem producitur *l.* 4. 5. *&* 6. *in princ. D. de liber. & post.*

13 Tertio, non obtinet regula Catoniana, nec tempus conditi testamenti spectatur in servis, quibus aliquid legatum est. Cum servis non est testamenti factio, nisi ex persona dominorum *l.* 5. *ff. de servit leg. l. si mihi & tibi* 12. *D. de legat.* 1. Nihilominus id, quod domino inutiliter legaretur, utiliter servo legatur. Rectissime enim Julianus definivit: servo alieno legari posse, quod ipse liber factus capere posset, *l. debitor* 82. *D. de legat.* 2. Spectatur igitur in legatis potius persona servi, quam domini, quia ex persona servi legatum consistit *d. l. debitor* 82. §. *ult. ff. de leg.* 2. in qua duo proponuntur exempla. Legasti servo alieno rem domini. Utique si ipsi domino legasses, inutile esset legatum §. *sed si rem* 10. *inst. tit. de leg. l. Maevius* 66. §. *fundo vers. sin autem ff. de leg.* 2. *l. cum quis decedens* 37. *in princ. ff. de leg.* 3. Sed cum servo ejus legaveris, utile est legatum *d. l. debitor in fin.* Rursus legasti servo alieno, quod domino ejus pure debebas: valet legatum. Quod si domino ejus legasses, non valeret §. *ex contrario* 14. *instit. tit. de legat. d. l. debitor.* Sed ita demum valent haec legata, si servus liber sit, cum dies legati cedit. In his igitur legatis spectatur tempus legati cedentis, non tempus conditi testamenti. Nam si eo tempore decessisset testator, legatum non valuisset, quia tunc servus erat legatarius, ac sibi acquirere non poterat, nec domino suo.

14 Simile exemplum proponitur in *l. si servus* 82. *ff. de acquir. hered. si servus ejus, qui capere non potest, heres instituatur, & antequam jussu domini adeat hereditatem, manumissus alienatusve sit, & nihil in fraudem legis factum esset, ipse admittitur ad hereditatem.*

15 Aliud in *l. si deportati* 7. *in princ. ff. de leg.* 3. Si deportati servo fideicommissum fuerit adscriptum, ad fiscum pertinere dicendum est; nisi si eum deporta-

tus

tus vivo testatore alienaverit, vel fuerit restitutus, tunc enim ad ipsum pertinebit. Deportatus institui non potest, nec est cum eo testamenti factio *l. 1. C. de hered. instit.* Servus autem testamenti factionem habet ex persona domini *l. si alienum 49. §. in extraneis l. non minus 31. ff. de hered. instit.* Igitur si spectandum esset tempus conditi testamenti, fideicommissum non valeret, nec domino ejus posset acquiri. Valet autem in his duobus exemplis institutio & fideicommissum, quia qui instituit incapacis servum, non tam respicit domini personam, quam ipsius servi, quem scit domino acquirere non posse. Cum igitur ille, qui servum alienum instituit, eo animo instituat, ut aut servus ipse sit heres, aut dominum heredem faciat *l. si paterfam. 11. de hered. instit.* hic autem non possit animum intendere ad dominum præsentem, quem scit capere non posse: necesse est eo animo esse, ut aut servus ipse sit heres, si manumittatur, aut dominus ad quem pervenerit, & capax sit hereditatis, quicumque ille fuerit, etiamsi is, qui in præsens dominus est. Licet etiam incapacem heredem scribere sub conditione, cum capax erit, *l. in tempus 62. ff. eod.* Et ad hanc sententiam amplectendam eo proclíviores fuisse Jurisconsultos arbitror, tum ad declinandum odium legis Papiæ caducariæ, argumento *l. interpretatione 42. ff. de pœn.* tum propter exemplum legatorum, de quibus paulo ante diximus.

16 A servis non discedamus. Is demum potest directam libertatem servo dare, qui utroque tempore, & quo testamentum fit, & quo moritur, testatoris fuit *l. Servius 35. ff. de manum. testam.* Et hoc consentaneum est regulæ Catonianæ. Aliquando tamen ab hac regula receditur. Et primum in *l. generaliter 24. §. si homini libero D. de fideicomm. libert. Si homini libero fuerit libertas per fideicommissum adscripta: & is in servitutem redactus proponatur, petere potest libertatem, si modo mortis tempore, vel conditionis existentis inveniatur servus.* Homini libero libertas inutiliter datur; itaque si spectemus tempus conditi testamenti, inutile est fideicommissum: spectatur autem solummodo tempus mortis, & cessat hoc casu regula Catoniana. Secundo in *l. si servi 30. D. de manum. testam.* neutrum tempus spectatur. *Si servi, qui apud hostes sunt, liberi esse jussi sunt, ad libertatem perveniunt, quamvis neque testamenti, neque mortis tempore, testantis, sed hostium fuerunt.* Sed hæc benigne recepta sunt favore libertatis *l. quoties dubia 20. D. de reg. jur.* Huc tamen omnino non pertinet *l. verum 58. D. de manum. testam.* quia ibi spectatur tempus conditi testamenti, & aditionis, quia libertatis servo proprio relictæ dies cedit ab adita hereditate *l. heredis 7. in fin. cum leg. seq. D. quan. di. leg. cedit l. un. §. libertatis C. de caduc. toll.* & licet medio tempore fuerit alienus, tamen media tempora non nocent *l. si alienum §. 1. D. de hered. inst. §. in extraneis inst. tit. de hered. qual. & differ.* Præterquam quod regula Catoniana non pertinet ad legata, quorum dies non cedit a morte testatoris *l. 3. D. de reg. Caton.*

Quarto loco cessat regula Catoniana, 17
& mortis tempus attenditur, non conditi testamenti, quando legatum non est vitiosum, nec ab initio inutile: sed tantum quæritur de persona, quæ non habebat tempore testamenti qualitatem requisitam a testatore, quam postea acquisivit. Exemplum in *l. si cognatis 19. D. de reb. dub.* Testator legavit cognatis suis. Titius non erat cognatus tempore testamenti: postea per adrogationem factus est cognatus, ita, ut mortis tempore cognatus esset testatoris. Admittitur ad legatum, licet tempore testamenti cognatus non esset. Nec tamen ei obstat regula Catoniana, quæ de vitio legati loquitur, quod reddit inutile legatum, si testator statim decedat, non de deficiente qualitate legatarii. Si statim decessisset testator, utique legatum relictum cognatis constitisset, licet ille,

qui postea factus est cognatus, non fuisset admissus. Hic igitur quæstio existit, non de validitate legati, de qua prodita est regula Catoniana: sed de personis, 18 quæ admittendæ sunt ad legatum. Contra, si Titius erat cognatus tempore testamenti, postea tamen cognatus esse desiit, nihilominus ad legatum admittetur *d. l. si cognatis in princ.* modo in civitate manserit. Nam si esset deportatus, non admitteretur *d. l. si cognatis & l. eum qui post.* 104 *D. de cond. & demon.* Nec his obstat altera regula, quod vitiatur id, quod initio valebat, si reciderit in eum casum, a quo incipere non poterat, *l. 3. in fin. D. de his, quæ pro non script. hab.* Etenim ea quoque regula pertinet ad validitatem actus, non ad personas, quas voluit comprehendere testator. Si Titius civitatem amisisset; atque ideo factus esset incapax legati, non posset capere ex testamento, utique non valeret in ejus persona legatum *l. 3. in princ. D. de his, quæ pro non script. l. 1. C. de hered. instit.* Sed cum civitatem non amiserit, nec sit incapax capiendi ex testamento defuncti, solummodo quæritur de voluntate testatoris, an ipsum voluerit comprehendere nomine cognatorum, in quorum numero erat, cum testatus fuit, licet postea esse desierit. Est igitur animadvertendum, quod in similibus causis alterum tantummodo tempus sufficit sive facti testamenti, sive mortis testatoris. 19 Contrarium tamen constitutum est in legatis, quæ præstanda sunt a filio, qui obtinuit bonorum possessionem contra tabulas. Prætor data hac bonorum possessione conservat legata relicta in testamento liberis, & parentibus, uxori, nuruique dotis nomine *l. 1. in princ. ff. de leg. præst.* Hos autem omnes habere hanc qualitatem a Prætore requisitam oportet tempore mortis, quo dies legati cedit *l. intervenit* 24. *l. sed etsi pro dote* 10. *in princ. & §. 1. ff. de legat. præst.* Ergo in hac causa solum tempus mortis spectandum est. Idem constitutum est in fideicommisso familiæ relicto, *l. cum ita* 32. *alias l. omnia* 32. *§ ult ff. de leg.* 2.

Aliud exemplum in *l. in substitutione* 20 31. *ff. de vulg. & pupill.* In substitutione filio facta his verbis: *quisquis mihi ex supra scriptis heres erit, idem filio heres esto*: sufficit aliquem quandoque heredem fuisse, quamvis eo tempore, quo moritur pupillus, non sit amplius heres, forte remotus ex causa de inofficioso: nisi adjecta fuerit aliqua particula extremitatem temporis demonstrans, ut in *§. 1. ejusdem legis*. Sed & hoc casu eadem ratio. Non enim quæritur de validitate substitutionis, sed de tempore, quo adesse debeat qualitas a testatore requisita in eo, quem vocavit ad substitutionem.

Sunt & aliæ causæ, in quibus subsistit 21 ultima voluntas, nec inspicitur tempus facti testamenti. Elegantissimum exemplum affertur in *l. cum servus* 39. alias *l. apud Julianum* 40. *§. si Titius ff. de leg.* 1. Titius a me fundum emit, & antequam ei traderem, eum mihi legavit: mox ei tradidi, & pretium recepi. Videtur prima facie non consistere legatum, quod rem meam mihi legasset: ut ait ibi JC. Nam venditor, qui nondum tradidit emptori rem venditam, ejus rei dominus est *§. cum autem in fin. inst. tit. de empt. & vend.* traditionibus enim, non nudis pactis dominia rerum transferuntur, *l. traditionibus* 20. *C. de pact. §. per traditionem* 40. *inst. tit. de rer. divis.* Nihilominus tamen responsum est a Juliano, legatum valere, & posse rem legatam vindicare: imo, si pretium ei a Titio solutum non fuerit, ex vendito aget, ut pretium consequatur: & ex testamento, ut recipiat rem, quam vendidit, & tradidit. Sed hoc ita constitutum arbitror, quia licet venditor sit dominus, antequam rem tradat, tamen tenetur eam tradere, & emptor habet actionem ad rem consequendam: qui autem actionem habet, rem ipsam habere vi-

Digitized by Google

videtur *l. is qui actionem* 15. *ff. de reg. jur.* & res ejus dicitur, qui actionem habet ad rem consequendam, *l. magis puto* 5. §. *fundum ff. de reb. cor. l. si partem* 19. *in fin.* Ibi: *quia scilicet tua esse cœperat D. quemadmod. servit. amit. l. quæsitum* 91. §. *penult. D. de leg.* 1. & pervenisse res dicitur ad eum, qui rem persequi potest, licet possessionem ejus nactus non sit, *l.* 2. §. *pervenisse D. de hered. vel act. vend.* Itaque Titius de re empta disponit tamquam de re sua, cum in ejus arbitrio sit, quandocumque eam soluto pretio consequi.

22 Alterum exemplum est in *l. non oportet* 52. *D. de leg.* 2. quæ deprompta est ab libro tertio Clementis ad legem Juliam & Papiam, & connectit cum lege antecedenti, quæ est Ulpiani ex libro octavo ad eamdem legem. Hac lege inter alia sanciebatur, ut relicta incapaci ad fiscum devolverentur, *l. un.* §. *pro secundo C. de caduc. toll. l. edicto* 13. *D. de jure fisci*. Sed hæc incapacitas non æstimatur de tempore testamenti; sed de tempore, quo hereditas, legatumve ad fiscum pertineat. Ratio est, quia incapacitas præcedens vitiat quidem legatum, & institutionem, sed ita, ut pro non scriptis habeantur, non ut ad fiscum perveniant, *l.* 3. *ff. de his, quæ pro non script. l. sunt quidam* 17. *ff. de pœn. l. si quis mihi bona* 25. §. *Si quis plane* 3. *ff. de acquir. vel omit. hæred. l. in metallum* 12. *ff. de jure fisci*, ubi verbum *postea* non significat *quandocumque*, sed post conditum testamentum usque ad mortem. Itaque quoad fiscum in causa caduci spectatur tempus, quo legatum vel hæreditas ad fiscum devolvitur.

## CAPUT XXII.

### *Ad L. quod initio* 29. *ff. de reg. jur.*

### SUMMARIUM.

I *Regula: quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non convalescit: pertinet proprie ad contractus.*

II *Servus, si tempore, quo cedit dies, sit manumissus, sibi acquirit hereditatem aut legatum: non ita est in stipulatione.*

III *Servus hereditarius usumfructum stipulari non potest neque pure, neque sub conditione, ei autem legari potest.*

IV *Servus stipulari potest viam ad fundum domini: illi autem legari non potest.*

V *Filius & servus de debito etiam conditionali non possunt pacisci de non petendo: possunt vero de legato conditionali.*

VI *Obligatio conditionalis transit ad heredes, creditore decedente ante eventum conditionis, non idem est in legato.*

VII *In legatis conditionalibus conditio non retrotrahitur. In contractibus retrotrahitur ad tempus celebrati contractus.*

VIII *Initium contractus vitiosum reddit vitium intrinsecum, non impedimentum accidentale.*

IX *Impedimento extrinseco remoto contractus convalescere potest. Exempla, & n.* X. XI. XII. XIII.

X *Provinciam administrantes in ea nubere prohibebantur. Post depositum officium nuptiæ convalescebant. Senatores uxorem libertinam ducere non poterant: dignitate omissa valebat matrimonium.*

XI *Venditio fundi dotalis a marito facta convalescit, uxore defuncta in matrimonio.*

XII *Venditio rei furtivæ convalescit, venditore existente herede rei domino.*

XIII *Rei alienæ pignus convalescit, si oppignorans ejus dominium acquirat.*

XIV *Pignus in re, in qua nullum jus habemus, constituere non possumus. Conciliatur L. rem alienam* 41. *ff. de pignerat. act. cum L. si Titio* 21. *ff. de pignor. & n.* XV.

XV *Pignus rei alienæ an ullam obligationem pareret, veteres dubitarunt.*

XVI Exponitur L. *gerit* 88. *de acq. hered. & n.* XVII. XVIII.

XVII *Hereditas jacens detinet omnia bona defuncti, & etiam possessionem.*

XVIII *Et usucapio non interrumpitur, imo tempus, quo jacet, computatur ad eam complendam.*

*XIX Precario rem habens, aliquo modo possidet.*
*XX Hæres impugnare non potest factum defuncti.*

1 Fidem meam liberabo, & munus promissi omne conficiam. Quod initio vitiosum est, tractu temporis non convalescit *l. quod initio* 29. *ff. de reg. jur.* Hæc regula generalis est, potissime tamen pertinet ad contractus: sicut regula Catoniana propria est de legatis. Nam in contractibus initium spectamus *l. si procuratorem* 8. *in princ. ff. mandat. l. si id quod* 58. §. *si filiusfam.* 78. *in princ. ff. de V. O.* Imo & in quasi contractibus *l. Pomponius* 15. *ff. de negot. gest.* & etiam in delictis *l.* 1. *in princ.* §. 1. & 2. *ff. de pœn.* ac propterea, si initium vitiosum est, non potest valere contractus. In legatis antem non initium spectamus, sed tempus, quo dies legati cedit, *l. ususfructus* 26. *ff. de stipul. servor.* Ratio discrepantiæ est, quia in contractibus aut statim nascitur obligatio, aut saltem necessitas, per quam non possunt contrahentes amplius a contractu recedere *l. sicut* 5. *C. de oblig. & act. l. quamvis* 39. *C. de transact.* Contra in legatis neque ab initio ulla nascitur obligatio, nec ulla necessitas adstringit testatorem, quia potest pro arbitrio mutare voluntatem, & legata adimere, & transferre, & nolle quod semel voluit: est enim ejus voluntas ambulatoria usque ad extremum vitæ spiritum *l. cum hic status* 32. §. *pœnitentiam ff. de donat. inter vir. & uxorem l. quod si iterum* 4. *ff. de adim. vel transf. leg.* Atque discrimen perspicue dignoscitur ab effectis, quæ breviter exponenda sunt, ut, quod tempus spectari debeat, intelligamus.

2 I. Si servus meus pro parte hæres fuerit institutus pure, pro alia parte sub conditione, & jussu meo adiverit partem hæreditatis, in qua pure fuit institutus, eam partem mihi acquirit: quod si conditio alteri parti adjecta extiterit postquam manumissus fuerit, non mihi acquirit illam portionem, sed sibi *l. si solus* 10. §. 1. *ff. de acquir. hæred.* Hoc ideo, quia non attenditur, cujus conditionis fuerit tempore institutionis aut tempore mortis, sed præsens tempus delatæ hæreditatis. Animadvertendum tamen est, quod necesse est, ut habuerit cohæredem, aut substitutum: si enim hæres esset in tota hæreditate, adeundo partem pure relictam, acquireret etiam aliam partem non expectata conditione *l. cum hæres* 52. §. 1. *ff. eod.* adeoque tunc tota domino acquireretur. Ad rem redeamus. Idem obtinet in legatis: si legatum sit servo, vel filiofam. & is tempore, quo dies legati cedit, suæ potestatis sit, ei acquiritur legatum; contra si stipulatus sit servus vel filius, acquirit domino vel patri, etiamsi tempore existentis conditionis, quo tempore nascitur obligatio, sui juris sit *l. quæ legata* 18. *in fin. ff. de reg. jur. l. si filiusfam.* 78. *ff. de V. O.* quia in contractibus inspicitur tempus, quo contrahitur *l. non omne* 144. *ff. de reg. jur.*

II. Servus hæreditarius usumfructum stipulari non potest, neque pure, neque sub conditione. 5 Non pure, quia nulla est persona, cui adhæreat, ususfructus tamen sine persona esse non potest. Non sub conditione, quia licet conditio possit existere post aditam hæreditatem, quo casu posset hæredi acquiri, & non deesset persona, cui inhærere posset: tamen cum stipulatio vires capiat ex præsenti, non potest valere stipulatio. Contra legatum valet sive pure, sive sub conditione relictum, quia ex præsenti vires non accipit, sed cum dies cesserit, & potest dies cedere ab aditione hæreditatis, cum servus hæredis factus est *l. ususfructus* 26. *ff. de stipul. serv.* Imo etsi servus in tempus alienationis, vel manumissionis contulerit obligationem, vel filius in tempus emancipationis, nihilominus domino, & patri acquiritur obligatio *l. ult. ff. eod.* nisi id bona fide fecerit, ut in *l. quidam* 46. *ff. de hæred. instit.* Contra legatum & expresse, & etiam tacite conferri potest in tempus manumissionis, & emancipationis, atque

atque etiam hæreditas, ita ut manumiſſo vel filio acquiratur *l. cum filiofam.* 50. *in princ* & in §. *ex his*, *ff. de leg.* 3. *l. ſi ancilla* 58. *l. duos* 70. *l. avia* 77 *l. ſi cui legatum* 92. *cum ſeq. ff. de cond. & demonſtr.*

4 III. Non poteſt ſervo legari via ad fundum domini *l.* 5. *ff. de ſervit. leg.* Contra vero ſervus viam ſtipulari poteſt, ſicut etiam iter, & actum, & eas ſervitutes domino acquirere *l. proinde* 7. *in fin. l. ſi communis* 17. *ff. de ſtipul. ſervor. l. ſi unus ex ſociis ff. de ſervit. ruſt. prædior.* Valet ſtipulatio, quia ex præſenti vires capit, & ideo via acquiritur domino ſervi, qui ſtipulatur, eique acquiri poteſt, cum ſit dominus fundi, ad quem viam, iter, actum ſervus ſtipulatus eſt, §. *ideo autem inſt. tit. de ſervit. ruſt. & urban. præd. l.* 1. §. 1. *ff. commun. prædior. l. ſi quis duas* 8. *ff. eod.* Non valet legatum hatum ſervitutum ſervo relictum, quia non accipit vires ex præſenti, ſed cum dies legati cedit: hoc autem tempore fieri poteſt, ut qui ſervus erat tempore conditi teſtamenti, modo ſit liber, quo caſu nec domino poteſt acquirere ſervitutem, quia ſervus amplius ejus non eſt, nec ſibi, quia prædium non habet *d. l. qui duas* 8. *ff. de ſervit. ruſt. præd.* Ut autem valeat legatum ſervo relictum, neceſſe eſt, ut ejuſmodi legatum liber factus ſibi poſſit acquirere. Licet enim teſtamenti factionem habeat ex perſona domini, tamen legatum conſiſtit ex perſona ſervi *d. l.* 5. *ff. de ſervit. leg. l. debito* 82. §. *ult. ff. de leg.* 2.

5 IV. Filiusfam. & ſervus non poſſunt paciſci de non petendo id, quod patri, & domino debetur, niſi ex cauſa peculiari debeatur *l. contra* 28. *in fin. ff. de pact.* nequidem ſi ex contractu conditionali debeatur, quia patri acquiritur obligatio & actio, etiamſi conditio extiterit, poſtquam a poteſtate fuerint liberati *l. ſi filiusfam.* 78. *ff. de V. O.* poſſunt tamen paciſci de legato conditionali *l. & hærc. di* 21. §. *item filiusfam. ff. de pact.*

V. Contractus conditionales tranſeunt 6
ad hæredes, eiſque acquiritur obligatio, ſi conditio exiſtat poſt mortem creditoris conditionalis §. *ſub conditione* 4. *in fin. inſt. tit. de V. O.* quia obligatio ex contractu conditionali ex præſenti vires accipit *l. uſusfructus ff. de ſtipul. ſervor.* etſi nondum nata, ſaltem concepta eſt obligatio, quæ ſpem non inanem producit, eaque conſtituit creditorem *l. is cui* 42. *D. de oblig. & act. l. conditionales* 54. *ff. de V. S.* & illa ipſa ſpes ad hæredem tranſmittitur *d.* §. *ſub conditione.* Contra legatum conditionale ad hæredem non tranſit *l. legata* 41. *D. de cond. & dem. l. cum heres* 4. *& ſeq. D. qu. di leg. ced.* Etenim pendente conditione non eſt creditor *l. is cui* 42. *D. de obl. & act.* quo fit, ut nec ſpem habeat, quam poſſit ad hæredem tranſmittere, argumento *l. creditores* 54. *D. de V. O.* Ex hoc promanat alter effectus; quod ſtipulatio in annos ſingulos ſina eſt, & perpetua, & ad hæredes tranſit *l. ſi Stichum* 16. §. 1. *D. de V. O.* Legatum in annos ſingulos non unum eſt, ſed plura *l. cum in annos* 10. *D. qu. di. leg. ced.* & ſingulis annis capacitas inſpicitur *l. cum in annos* 11. *ff. de ann. leg.* & ideo ſervo relictum domino acquirit, quamdiu ſervus eſt; ſi liber fiat, ſequentium annorum ſibi acquirit *l. nec ſemel* 12. § *inde Julianus ff. qu. di. leg. ced.* Et hoc legatum morte legatarii expirat *l. ſi in ſingulos* 4. *ff. de ann. leg.*

VI. In legatis conditionalibus non re- 7
trotrahitur conditio ad tempus conditi teſtamenti, quia vires accipit a morte teſtatoris; in contractibus retrotrahitur ad tempus celebrati contractus: ac propterea potior eſt in pignore creditor, qui ſub conditione contraxit, eo, qui pure poſtea contraxit ante eventum conditionis *l. potior* §. 1. *ff. qui pot. in pignore.*

Ex his efficitur, hanc regulam proprie 8
pertinere ad contractus, in quibus initium ſpectamus; quod ſi vitioſum fuerit, con-

tra-

tractus consistere non potest. Quod tamen intelligendum est de vitio intrinseco, quod substantiam contractus inficit: non de impedimento accidentali, quo remoto, contractus potest subsistere. Utrumque explico. Res Sacræ, Religiosæ, publicis usibus destinatæ, liber homo, sunt extra commercium §. *non solum* 4. *instit.* de *legat. l. cum servus* 32. §. *ult. ff. de leg.* 1. *l. si in emptione* 34. §. 1. *ff. de contr. empt.* sine re autem, quæ in obligationem deducatur, nulla est stipulatio. Quamobrem nec valet harum rerum stipulatio ab initio, nec convalescit, si in commercio esse coeperint. Laborat enim vitio intrinseco, quod ejus substantiam inficit *l. inter* 83. §. *rem sacram ff. de V. O.* Idem obtinet in stipulatione rei nostræ. Stipulamur enim, ut res nostra fiat: res autem nostra amplius nostra fieri non potest. §. *sed si rem* 10. *inst. de leg. l. non ut ex pluribus* 159. *ff. de reg. jur. l.* 3. §. *ex plurimis ff. de acquir. poss.* & quod nostrum est, nobis dari non oportet §. *sic itaque* 14. *inst. tit. de action.* Dare enim non videtur, qui rem non facit accipientis *l. non videntur* 167. *ff. de R. J.* Quamobrem qui promittit se daturum, omnimodo debet rei promissæ dominum efficere stipulatorem *l. ubi autem* 75. *in fin. ff. de V. O.* Igitur, qui promittit se mihi daturum rem meam, promittit rem impossibilem, adeoque vitiosa est stipulatio, & vitium est intrinsecum, & substantiale, nec potest tractu temporis convalescere stipulatio §. *idem juris instit. tit. de inut. stipul.* Non aliter se res habet in servo alieno manumisso: natura enim omnino repugnat, ut quis libertatem det servo, cujus dominus non est: servitus enim ea est, quæ hominem dominio nostro subjicit §. *servitus inst. tit. de jur. person. l. libertas* 4. §. 1. *ff. de stat. hom.* Non potest igitur quisquam eum a servitute liberare, nisi a se avellendo dominium, quod habet, quodque ei tribuit servitus: nec potest avellere a se dominium, si nullum in eo homine dominium habet. *l. nemo plus juris* 54. *D. de reg. jur. l. nemo plus commodi* 120. *D. eod.*

9 Quod si contractus sit inutilis propter aliquod vitium extrinsecum, hoc est, propter aliquod impedimentum, quod specialis aliqua lex ipsi opposuit; remoto postea impedimento, quod obstabat contractui, solet confirmari, & convalescere, cum nihil amplius obstet, quin valeat. Hoc etiam exemplis est explicandum. Primum exemplum habemus in nuptiis. Ex mandatis Principum, qui provinciam administrant prohibentur in ea provincia uxorem ducere. Si matrimonium in ea provincia contraxerint contra mandata principum, matrimonium nullum est. Sed si post depositum officium in eadem voluntate manserint, nuptiæ justæ efficiuntur, & ideo liberi postea nati legitimi sunt: quia nati sunt ex justo matrimonio, quod post depositum officium convaluit, remoto impedimento legis *l. eos* 65. *D. de rit. nupt.* & hoc Pauli responsum totidem fere verbis confirmat Imperator Gordianus in *l. etsi contra* 6. *C. de nupt.* Sed est animadvertendum, quod tam Paulus, quam Gordianus ajunt, liberos postea natos esse legitimos: non autem eos, qui nati fuerunt ante depositum officium, quia hi non fiunt legitimi, etiamsi matrimonium convaluerit. Matrimonium convalescit, quia non laborat vitio intrinseco, quod matrimonii substantiam inquinaret. Sed ratio potentatus ipsum prohibuerat, ut ait Papinianus in *l. præfectus* 63. *D. de ritu nupt.* Liberi nati ante depositum officium, eo deposito non fiunt legitimi, quia vitio intrinseco laborant, cum ex vetito, & illegitimo matrimonio nati sunt. Quamobrem licet nati ex concubina per subsequens matrimonium legitimi fiant §. *ult. inst. tit. de nupt.* tamen nati ex illo matrimonio non fiunt legitimi, etiamsi matrimonium convaluerit. Ratio est, quia illi vitium non contraxerunt; neque enim progeniti fuerunt ex conjunctione legibus interdicta *l. cum quis* 14. *C. de natural. liber.*

Digitized by Google

*liber.* hi autem, cum progeniti fuerint ex conjunctione legibus interdicta, vitio intrinseco laborant.

10 Aliud in nuptiis exemplum nobis suppeditat Ulpianus in *l. si quis* 27. *D. de rit. nupt.* Lex Julia vetuit, ne senator, ejusve filius, aut nepos libertinam uxorem duceret *l. lege Julia* 44. *D. de ritu nuptiar.* tamen si eam contra præceptum legis duxerit, & postea amiserit dignitatem, ea, quæ ante amissam dignitatem uxor non erat, quia matrimonium illegitime contractum erat: post amissam a viro dignitatem uxor esse incipit, *d. l. si quis* 27. Nimirum quia hujusmodi matrimonium vitio extrinseco laborat; quod tollitur amissa dignitate: nam prohibitio legis eo tantum pertinet, ne dignitas senatoria contaminetur. Hoc impedimento remoto, nulla causa est cur matrimonium non debeat subsistere *l. senatoris* 47 *D. eod.* Non absimile exemplum habetur in *l. si quis tutor* 60. §. *quid ergo si adoptivus D. de rit. nupt.* Senatusconsulto cautum est, ne tutor pupillam vel filio suo, vel sibi nuptum collocet *l. Senatusconsulto* 59. *D. eod.* Tutor filio suo adoptivo pupillam suam nuptum collocavit: postea filium emancipavit; matrimonium ab initio illicite contractum convalescit: quia post emancipationem in totum adoptivæ familiæ filii obliviscuntur *d. l. si quis tutor.* Nimirum quia removetur impedimentum, propter quod hujusmodi nuptiæ sunt interdictæ: videlicet, ne pupillæ in se familiari circumscribantur ab his, qui rationes eis gestæ tutelæ reddere compelluntur, *l. libertum* 64. §. 1. *D. eod.*

11 Alia exempla proponuntur in venditione a Papiniano in *l. cum vir* 42. *D. de de usurp. & usucap.* Maritus non potest vendere prædium dotale id prohibente lege Julia de fundo dotali *l. lex Julia* 4. *l. si fundum* 16. *D. de fund. dot. princ. tit. inst. quib. alien. lic. vel non* & si vendiderit, venditio non valet, *l. cum vir prædium* 42. *D. de usurp. & usucap.* Sed si defuncta in matrimonio muliere dos lucro mariti cesserit, adeoque liberum dominium fundi acquisiverit, venditio, quæ ab initio erat inutilis, convalescit, & confirmatur *d. l. cum vir* 42. Merito. Fundus enim dotalis durante matrimonio mariti est, *princ. tit. instit. quib. alien. licet vel non.* Proinde ex vi dominii potest res dotales alienare, sicut & servum dotalem etiam invita uxore manumittere *l. dotalem* 61. *D. sol. matrim.* Sed ut caveatur uxori, lex Julia ejus fragilitati indulgens, ne indotata remaneat, prohibuit fundum dotalem a marito alienari, quod etiam consentiente uxore fieri vetuit Justinianus *d. princ. tit. inst.* Cessat autem hoc impedimentum, hæc prohibitio, quoties dos lucro mariti cessit. Dominium, quod habebat constante matrimonio, & quod ne quidem ab uxore poterat ab eo avelli *l. si prædium* 23. *C. de jure dot.* sed tamen erat revocabile, per matrimonii dissolutionem, fit irrevocabile, & liberum, & pleno jure apud eum resident, cum dos ejus lucro cedit. Non fuit ab initio inutilis venditio propter aliquod vitium intrinsecum, sed propter extrinsecum impedimentum legis dotibus faventibus. Itaque etiam mortuo marito, licet tunc dominium ad uxorem revertatur, & prædium dotale possit vindicare *l.* 3. *C. de rei vindic.* tamen si legatum a marito acceperit, & hoc amplius maritus emptorem prædii rogaverit, ut pretium ei restitueret; oblato uxori ab emptore pretio, si mulier prædium vindicet, repellitur exceptione doli mali *l. cum pater* 77. §. *qui dotale* 5. *D. de leg.* 2. Sed hoc casu convalescit venditio, non ipso jure, sed ope exceptionis, quia maritus amplius dominus non est, & sola voluntas mariti non sufficit ad confirmandam venditionem: quare si mulier legatum repudiasset, posset suum fundum vindicare, nec ei obstaret exceptio.

Aliud exemplum proponit Papinianus 13 in laudata *l. cum vir* 42. *D. de usurp. & usucap.* in venditione rei furtivæ. Res fur-

Digitized by Google

furtiva, antequam vitium purgetur, usucapi non potest, id prohibente lege Atinia *l. sequitur* 4. §. *quod autem l. non solum* 33. *in princ. D. eod.* §. *furtivæ instit. tit. de usucap.* Quidam vendidit rem furtivam, postea extitit hæres domino ejus rei; adeoque ipsius dominium acquisivit: convalescit venditio, & emptor incipit usucapere *d. l. cum vir* 42. sed id obtinet, quia vitium purgatum est, cum domino sit satisfactum *l. sequitur* 4. §. *tunc in potestatem* 20. *cum seq. D. eod.* nam vitium purgatum est, & in potestatem domini venisse res dicitur, cum ejus vindicandæ potestatem habuerit *l. potestatis* 215. *D. de V. S.* Confirmatur autem venditio aut ipso jure, si rem non vindicat ab emptore, aut ope exceptionis doli mali, si vindicet. Existimaverim tamen, quocumque modo convalescere venditionem ipso jure: quia hæres adeundo hæreditatem approbat omnia, quæ gessit defunctus, & ad ea servanda obligatur *l. si ab eo C. de liber. caus.* Cum autem venditio solo consensu contrahatur *l. 2. D. de oblig. & act.* multo magis potest confirmari: sufficit enim consentire emptorem, ac venditorem ad contrahendam emptionem *d. l. 2.* §. 1. ergo multo magis ad eam confirmandam.

13 Aliud exemplum est in pignore. Rem alienam pignori obligare non possum *l. aliena* 10. *D. de pignor. act.* Quod si rem alienam pignori dedero, & postea ejus dominium sim consecutus, quia hæres extiti domino rei, pignus convalescit, non quidem directo, sed per utilem actionem pignoratitiam, quæ datur creditori. Sed hic quoque pignus non laborat vitio intrinseco, licet enim res aliena pignori dari non possit, tamen etiam res futuræ veniunt in pignore generali, quas postea debitor acquisiverit *l. & quæ nondum* 15. §. 1. *ff. de pignor. l. ult. C. de remis. pignor.* Præterea pignorantem non est necesse dominium habere rei pignoratæ, nec enim dominium transfert in creditorem, sed sufficit rem esse in bonis ejus *d. l. & quæ nondum* §. 1. Itaque possum obligare rem mihi debitam, seu nomen debitoris *l. 3.* §. 1. *ff. qui potior in pignor. l. nomen C. quæ res pign. oblig. pos.* & rem pignoratam *l. grege* §. *cum pignori ff. de pignor.* rem, in qua habeo usumfructum *l. & quæ nondum* 15. *in princ. l. si is qui* 11. §. *ususfructus ff. eod.* vel jus superficiarium, aut emphyteuticum *l. tutor* 16. §. *ult. D. de pignor. action. l. etiam superficies* 15. *ff. qui pot. in pign. hab.* imo etiam rem, quam bona fide possideo *l. si ab eo* 18. *ff. de pignor.* Ex quibus efficitur, dominium rei non esse de natura pignoris, cum etiam sine illo possit pignus consistere: ac propterea ejus defectum reddere quidem inutile pignus, non tamen vitiosum ita ut non possit convalescere. Verumtamen cum non possit aliquis in re, in qua nullum jus habet, constituere jus pignoris: idcirco valde apud veteres controversum fuit, an acquisito dominio pignus convalesceret. Primum enim Papinianus in *l. 1. in princ. ff. de pignor.* ait *debitori dominio quæsito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio.* Si creditor cum pignus accepit, sciebat alienum esse, putat non esse dandam ei pignoris persecutionem: non tamen audet eam ipsi absolute denegare; sed ait quod difficilius ei dabitur persecutio, si non possideat, quam retentio si possideat. Paulus autem in *l. rem alienam* 41. *ff. de pignor. act.* sine hæsitatione ait, quod si dominus rei, quam Titius sine ejus voluntate pignori dedit, eidem Titio hæres existat, licet idem sit dominus rei, & debitor nihilominus pignus non convalescit, nec creditor habet utilem actionem ad rem pignoratam persequendam. Itaque Papinianus non dat actionem scienti creditori: Paulus eam denegat, quando dominus successit debitori pignoranti. Contra Modestinus eodem casu dat eam creditori in *l. si Titio* 22. *ff. de pignor.* Pelliam lavant, qui duas hasce le-

ges,

Digitized by Google

ges conciliare contendunt. Verissimum puto, quod admonuit doctissimus Cujacius, Modestinum, qui multo post Papinianum, & Paulum floruit, controversiam, quæ olim extabat hac de re, sustulisse, quod procedente tempore obtinuisset sententia, actionem persecutionemque pignoris dandam esse creditori, quoties quæsitum est debitori dominium, ex æquitate, cum hæres probare teneatur factum defuncti, ut ad superius exemplum diximus *l. 3. C.*
15 *de reb. alien. non alien.* Quantum autem ad rem nostram attinet, videntur veteres etiam dubitasse, an ulla obligatio nasceretur ex pignore rei alienæ. Certe Tryphoninus id absolute denegare non audet: Ibi: *quali quali obligatione a debitore interposita l. rescriptum §. 1. ff. de distr. pign.* Neque enim possum assentiri doctissimi viri interpretationi, qui ita explicat *qualis qualis*, id est, *nulla*. Qui *qualem qualem* obligationem dicit; nihil quidem certo affirmat, cujusmodi sit ea obligatio, sed tamen aliquam esse supponit, vel saltem esse posse. *Qualis qualis*, id est, *qualiscumque*, vel ut Cicero ait, *qualislibet*. In *l. 2. §. 1. D. de bon. possess. sec. Tab. Si sub conditione hæres institutus filius sit, Julianus peræque putavit secundum tabulas competere ei, quasi scripto, bonorum possessionem, qualis qualis conditio sit, etiam si hæc: si navis ex Asia venerit.* In *l. eum qui 5. in fin. ff. de const. pecun. qualem qualem servum domino acquirere obligationem.* In *l. is qui heres 13. in princ. ff. de acquir. vel om. hæred. Ceterum heres institutus sub conditione, si ante existentem conditionem repudiavit, nihil egit qualis qualis conditio fuit: etsi in arbitrium collata est.*

16 Nec quicquam pro doctissimo viro facit *l. gerit 88. D. eod. Pro herede gerit, qui animo agnoscit successionem, etiamsi nihil attingat hæreditarium: unde etsi donum pignori datam, sicut hæreditariam retinuit, cujus possessio qualisqualis fuit in hæreditate, pro hærede agere videtur.* Etenim licet verissimum sit, quod hæreditas non possidet *l. 1. §. Scævola ff. si is, qui testam. l. ber.* tamen observandum est, quod ibi Paulus nec affirmat hæreditatem qualemqualem habere possessionem, nec esse in possessione: neutrum enim de hæreditate dici potest, nam possessio facti est, & animi *d. §. Scævola*, animi, & corporis *l. quemadmodum 8. ff. de acquir. poss.* hæreditas autem neque corpus habet, neque animum: est enim nomen juris, & in jure consistit *l. bonorum 208. D. de V. S. l. 3. §. hæreditatis D. de bonor. possess. l. 1. §. quædam D. de rer. divis.* Plus est possidere, quam in possessione esse *l. si quis ante 10. §. 1. D. de acquir. vel amitt. possess.* Hæreditas neque possidet res hæreditarias: neque in earum possessione est. Sed neutrum Paulus innuit in laudata *l. gerit 88. D. de acquir. hæred.* Sed ait: *cujus possessio qualis qualis fuit* in hæreditate. Non hæreditas fuit in possessione, nec habet possessionem: sed possessio fuit in hæreditate, & quidem non, non vera, non propria possessio: sed qualis qualis possessio.

Id autem ego sic interpretor. Defun 17
ctus, cui res erat pignorata, ejus possessionem habebat *l. per servum 37. D. de acquir. rer. dom.* hæreditas ejus antequam adeatur personam defuncti sustinet *l. hæreditas 34. D. de acquir. rer. domin.* & quasi domina tenet omnia bona defuncti, eaque complectitur *l. non minus 31. §. 1. ff. de hæred. instit.* Itaque servus hæreditarius ipsi tamquam dominæ res omnes hæreditarias comprehendenti, ac detinenti acquirit *l. in eo 33. §. ult. ff. de acquir. rer. domin.* & acquirit etiam possessionem *l. qui a servo 16. in fin. ff. de oblig. & action.* Quamobrem sicut alia omnia bona defuncti qualiacumque fuerint (exceptis illis, quæ morte finiuntur & extinguuntur, ut servitutes personales) sunt in hæreditate, ab hæreditate tamquam omnium domina detinentur: ergo possessio defuncti in hæreditate est: non quidem vera, & propria, qualis erat penes defunctum, quia cum facti sit, & veram detentionem requirat, id vere præstare non potest hæreditas; sed *qualisqua-*

*lis*: hoc est, ejusmodi, ut possit jungi cum possessione futuri hæredis, nec per defuncti mortem interrumpatur *l. cum miles* 30. *in princ. D. ex quib. caus. ma-*
18 *jor*. Argumento est, quod quantocumque tempore jacuerit hæreditas, non interrumpitur usucapio, & illud tempus computatur hæredi ad complendam usucapionem *l. nunquam* 31. §. *vacuum l. justo* 44. §. *nondum D. de usurp. & usucap.* imo, & a jacente hæreditate completur usucapio, quæ sine possessione compleri non potest *l. captam* 40. *D. eod.* & *d. l. cum miles* 30. *D. ex quib. caus. major.* Confirmat id Africanus in *l. si de eo fundo* 40. §. 1. *D. de acquir. vel om. possess.* Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset: propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio & retineretur, & continuaretur. Si dominus retinet, & continuat possessionem per colonum jam mortuum, hoc est, per ejus hæreditatem: ergo possessio defuncti est in hæreditate: videlicet quia perinde habetur, ac si hæreditas detineret rem illam, quam colonus defunctus detinebat, per quam detentionem dominus detinebat, ac possidebat: nunc autem possidet per detentionem hæreditatis, quamdiu possessionem non neglexerit adipisci *d. l. si de eo fundo* §. 1.

19 Neque me movet, quod is, qui precario est in possessione, dicitur qualiter qualiter possidere in *l. is qui in puteum* 11. §. *ergo si post D. quod vi aut clam.* qui tamen non possidet *l. certe* 6. §. *is qui D. de precar.* Etenim falsissimum est, quod qui precario rem habet, eam aliquo modo non possideat *l.* 4. §. 1. *D. de precar.* Ibi: *meminisse autem nos oportet eam, qui precario habet, etiam possidere*: & in §. *ult.* ejusdem *l* & in *l. habet* 15. §. *cum qui*, & in *l.* 2. *in fin. D. eod.* in *l. qui pignori D. de acquir. possess.* Nec obstat id, quod dicitur in *d. l. certe* 6. *ff. de prec.* Nam ibi agit de vera, ac propria possessione, cum id probet exemplo fructuarii, qui licet in prædio sit, tamen non possidet, & tamen certum est fructuarium aliquo modo possidere, licet possessio ei non prosit ad usucapionem *l. per servum* 37. *ff. de acquir. rer. domin.* Ad summam sic concludi licet. Verba illa *qualis qualis*, aliquando quodcumque genus comprehendunt ejus rei, cui adjecta fuerunt, ut in *l.* 2. *ff. de bonor. possess. secun. tab* in *l.* 5. *in fin ff. de const. pec.* in *is l. qui hæres* 15. *in princ. ff. de acq. vel om. hæred.* aliquando significant ac demonstrant rem improprie talem, ut in *d. l. gerit ff. eod.* & in *l. is qui in puteum ff. quod vi aut clam.*

Sed jam eo, unde digressi sumus, re 20
vertamur. Alia exceptio regulæ, quam initio probavimus, habetur in *l. si ab eo* 7. *C. de liber. caus. Si ab eo, cujus servus fuisti, manumissus es, frustra libertatis controversiam sustines, maxime ab hærede ejus, qui te manumisit: cum etsi jure libertas non processerit, respectu tamen aditæ hæreditatis voluntatem defuncti suo consensu firmare debuit.* Idem fere ante traditum erat ab Ulpiano in *l. filium* 31. *ff. de liber. causa. Filium ob hoc, quod patri hæres extitit, prohiberi a patre suum servum manumissum in servitutem petere.* Hujus exceptionis ratio in ipsis legibus declaratur, illis verbis: *respectu tamen aditæ hæreditatis voluntatem defuncti suo consensu firmare debuit*: imo firmavit eo ipso quo hæreditatem adivit: adeundo enim se obligavit ad servandam voluntatem defuncti, & illam tacite approbavit *l.* 3. *C. de reb. alien. non alienan.* Rectius igitur Ulpianus dixit *ob hoc, quod patri hæres extitit.* Hoc enim ipso, quod hæres est, prohibetur voluntatem defuncti infringere, & revocare: concurrit enim tacita ejus voluntas cum expressa voluntate defuncti.

## CAPUT XXIII.

*Ad l. non potest videri* 23. *ff. de judic.*

### SUMMARIUM.

I *In judiciis spectatur tempus rei judicatæ.*
II *Ut reus condemnetur, sufficit rem peti posse tem-*

Digitized by Google

*tempore rei judicatæ. Exemplum in actione mandati.*

III *In actione depositi.*

IV *In actione de peculio, & petitione hæreditatis.*

V *In actionibus in rem.*

VI *Non solum quoad ipsam rem, sed etiam quoad ea, quæ ei accidunt, vel decedunt.*

VII *Judicium non expletur momento temporis, sicut contractus, sed tractum temporis habet.*

VIII *In judicium non venit quidquid accidit post illud acceptum: sed nova interpellatione opus est. Explicatur textus noster.*

IX *Obligatio futura in judicium deduci non potest.*

X *Exponitur l. in lege 40. ff. ad leg. Aquil.*

XI *In judiciis generalibus veniunt etiam ea, quæ post judicium acceptum acciderunt.*

XII *In quolibet judicio veniunt ea, quæ sunt connexa cum eo, quod petitum fuit, licet acciderint post acceptum judicium.*

XIII *In contractibus, in quibus, jussus, vel mandatum requiritur, si non intervenerit, ratihabitione suppletur, & contractus convalescunt. Exempla. & n. XIV. XV.*

XVI *Secus est in jussu adeundæ hæreditatis, & in auctoritate tutoris.*

XVII *Taciturnitas cum scientia pro ratihabitione habetur.*

XVIII *Ratihabitio aliquando non retrotrahitur ad tempus, quo actus gestus est. Exempla in nuptiis.*

XIX *In dotis promissione.*

XX *In donationibus.*

1 NOn temere, neque inconsulte dixi in contractibus initium esse spectandum, atque adeo ad ipsos potissimum pertinere regulam traditam in *l. quod initio 29. ff. de R. J. quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.* Certe, ex in judiciis non obtinet: in his enim potius rei judicatæ tempus attendimus, quam coepti judicii, *l. quæsitum* 30. *in princ. ff. de pecul. l. quod si in diem 16. ff. de petit. hæred.* Ibi: *Rei plane judicatæ tempus spectandum esse.*

2 Itaque si mandavero tibi, ut a Titio decem exigeres, & ante ea exacta mandati tecum egerim: si ante rem judicatam exegeris, condemnandum te esse constat, *l. si mandavero 17. ff. mand.* Non potest agi vi mandati, ut decem solvas, quæ nondum exegisti, quia de futura obligatione judicium institui non potest, & de eo, quod nondum debetur *l. non quemadmodum 35. ff. de judic.* Verumtamen, si actum fuerit, & inter moras judicii reus decem exegerit, condemnandus est, quasi per exactionem judicio convalescente.

Idem omnino traditum de judicio depositi in *l. 1. §. inde scribit 21. versic. idem Neratius ff. depositi. Idem Neratius ait, quamvis tecum depositi actum sit cum restituendi facultatem non habeas, horreis forte clausis: si ante condemnationem restituendi facultatem haberes, condemnandum te, nisi restituas, quia res apud te est: tunc enim quærendum, an dolo malo feceris, cum rem non habes.* 3
Recte monet, hic non esse quærendum, an dolo malo feceris, quia in actione depositi non tantum venit dolus prætéritus, sed etiam futurus. *ead. l. 1. §. non tantum 20. ff. deposit.* Sed cum rem habeat, non est quærendum de dolo, sed condemnandus est ad restituendum, licet eam non haberet tempore litis contestatæ, vel saltem non haberet ejus restituendæ facultatem. Quocirca si hanc facultatem ante sententiam non fuisset consecutus, tunc de dolo quærendum fuisset, an dolo eam facultatem amisisset.

Idem responsum est, de actione de peculio in *l. quæsitum 30. ff. de pecul.* & de petitione hæreditatis in *l. quod si in diem 16. in princ. ff. de petit. hæred.* 4

Id ipsum obtinet in actionibus in rem. 5
Actionem in rem parit possessio adversarii *l. 1. C. ubi in rem act.* eaque datur ex præsenti possessione *l. non aliter 24. §. ult. ff. de judic.* itaque semper est adversus eum, qui possidet *l. actio num 25. in princ. D. de obl. & act.* quinimo non solum litis contestatæ tempore debet reus possidere, sed etiam tempore rei judicatæ, ut possit condemnari *l. sin autem 27. §. 1. D. de rei vindic.* tamen, si litis contestatæ tempore non possedit, quo autem judicatur, possidet, omnimodo condemnandus est non solum ad restituendam rem ipsam, sed etiam fructus, ex quo coepit possidere *ead. l. sin autem §. 1. D. de rei vindic.* Magis igitur spectatur tempus rei judicatæ, quam litis contestatæ: nam

Y y 2

nam si litis tempore contestatæ possidebat, non possidet autem tempore rei judicatæ, quia inter moras judicii sine dolo malo amisit possessionem, absolvendus est *d. l.* 1. sin autem non possidebat tempore litis contestatæ: possidet autem tempore rei judicatæ, condemnandus est. Idem responsum est etiam de actione ad exhibendum in *l. quæsitum* 30. *in princ. D. de pecul.*

6 Non solum autem, quoad rem ipsam, quæ in judicium deducitur, rei judicatæ tempus spectatur, sed etiam, quoad accessiones & fructus, & quoad incrementa, & decessiones rei petitæ *l. si ex duobus* 32 §. *in hoc & l. si filius & servus* 57. *D. de pecul. l. fin. D. quando de pecul. act. l. sin autem* 27. §. 1. *D. de rei vindic. l.* 2. *D. de usur.* §. 2. & 3. *instit. tit. de offic. judic.* Actor enim habere debet id omne, quod habiturus fuisset, si statim ei res fuisset restituta *l. Julianus* 17. §. 1. *l. præterea* 20. *l. fructus* 33 *l. & ex diverso* 35. §. 1. *l. qui restituere* 68 *l. si ejus fundi* 78. *cum seq. D. de rei vind.*

7 Ratio autem cur judicium, quod initio inutiliter fuerat institutum, ex post facto convalescat, ea est, quia judicium non expletur ac perficitur momento temporis, sicut contractus: sed habet tractum temporis, & non modicas moras, atque utinam non longissimas, ut hodie usuvenire solet. Quamobrem cum petitio actoris duret, & continuetur toto tempore judicii, usque ad rem judicatam, si tempore rei judicatæ, quo terminatur judicium, actoris petitio justa fuerit, & injusta rei tergiversatio, & contradictio: non potest judex contra justitiam absolvere reum, detrectantem solvere quod debet, aut restituere rem alienam, quam possidet, *l. placuit* 8. *C. de judic. l. etsi quis* 14. §. *idem Labeo* 13. *D. de relig. & sumpt. funer.*

8 Neque his contrarium est, quod traditur in *l. non potest videri* 23. *D. de judic.* in qua explicanda plerique implicantur; & cum eam satagunt declarare, involvunt obscuritate. Inquit Paulus, *Non potest videri in judicium venisse id, quod post judicium acceptum accidisset, ideoque nova interpellatione opus est.* Quod post judicium acceptum accidisset, adeoque ab actore petitum non fuit in libello, non potest videri in judicium venisse: neque enim venit in judicium, nisi quod actor petit, & de quo actor instituit actionem, quæ speciem futuræ litis demonstrat *l. edita actio C. de edend.* Nec potest judex pronunciare de eo, quod petitum non fuit, quia sententia debet esse conformis libello *l. ut fundus* 18. *D. comm. divid. l. ult. C. de fideicom. libert.* Puta actor convenit venditorem actione ex empto: inter moras judicii ab eo stipulatus est centum ex alia causa, vel aliud quid ei vendidit: non videntur hæc in judicium venisse, cum post judicium acceptum acciderint, nec petita fuerint ab actore in libello: itaque nova interpellatione, nova petitione opus est, novo judicio. Explicat hoc ipsum clarius, atque distinctius idem Paulus in *l. de his rebus* 46. *D. de arbitr. De his rebus, & actionibus, & controversiis judicare arbiter potest, quæ ab initio fuissent inter eos, qui compromiserunt, non quæ postea supervenerunt.* De hoc eodem casu loquitur Paulus in laudata *l. non potest videri* 23. *D. de judic.*

Non absimile est Modestini responsum 9 in *l. non quemadmodum* 35. *D. de judic.* ubi ait: judicium, antequam aliquid debeatur, accipi non posse, neque de his rebus, quæ postea in obligationem venturæ sunt. In hoc tamen discrepant Pauli, & Modestini responsa, quod Paulus agit de his rebus, quæ post judicium acceptum supervenerunt, quæ cum in judicium non venerint, nova interpellatione, novoque judicio opus est. Modestinus agit de eo, qui petit, quod sibi nondum debetur, & futuram obligationem in judicium deducit: quod fieri non potest. Inter

Digitized by Google

ter utrumque autem casum hoc discriminis intercedit; quod primo casu id, quod postea accidit, in judicium venisse non potuit, cum libello comprehensum non fuerit, & ideo nova interpellatione opus est: secundo casu, cum futura obligatio in judicium deducta fuerit, licet id non legitime, & inutiliter factum fuerit, tamen si inter moras judicii nascatur obligatio, convalescit judicium, & reus condemnandus est, nec opus est alia interpellatione.

10 Neque cuiquam scrupulum injiciat ejusdem Pauli decisio in *l. in lege* 40. *D. ad leg. Aquil.* quasi existimaverit, etiam de futura obligatione recte judicium institui posse. Etenim ibi non agitur de actione, quæ nascitur ex obligatione conditionali, de qua agi non potest ante eventum conditionis *l. cedere diem D. de V. S.* sed de actione ex lege Aquilia, quæ nascitur ex damno dato, quod utique præsens est, & jam datum, cum deletum fuit chirographum. Hoc autem damnum in eo consistit, ut si testes mortui fuerint tempore existentiæ conditionis, creditor ob deletum chirographum, probare non poterit creditum, illudque consequi: ideirco judex reum condemnare debet ad solvendum debitum veniente conditione: quæ condemnatio nulla erit, si conditio defecerit. Idipsum fere, sed non adeo perspicue tradidit Paulus in *l. quidam* 32. *D. de furt.* ubi etiam de tabulis furto subreptis agit, quidve actione furti consequi possit creditor, accurate expendit. Sed hæc ad rem nostram non pertinent. Illud monendum, quod si præsens sit obligatio, & recte judicium institutum, potest judex, si res ita ferat, reum condemnare ad cavendum etiam de futuro, ut in *l. harum* 7. & in *l. egi* 12. *D. si servit. vindic.*

11 Porro in judiciis generalibus venit etiam id, quod post judicium acceptum accedit, nec nova interpellatione opus est. Paulus in *l.* 4. *D. de petit. hæred. Si hæreditatem petam ab eo, qui unam rem possidebat, de qua sola controversia erat, etiam id, quod postea capit possidere, restituet.* Ratio est, quia in petitione hæreditatis actor non petit unam aliquam rem certam, rem singularem; sed intendit hæreditatem suam esse *l. licet* 10. §. 1. *D. eod.* ac propterea petit omnes res hæreditarias quæ a reo possidentur: nam omnes res hæreditatis appellatione continentur: idcirco veniunt in hoc judicium universæ res hæreditariæ *l. item videndum* §. *penult. D. eod.* est enim de bonorum universitate, quam hæreditas comprehendit *l.* 1. *D. de rei vindic. l.* 1. §. 1. *D. quorum bon.* Quamobrem in petitione continetur etiam id, quod postea reus conventus coepit possidere: & si id continet actoris petitio, id ipsum continere debet etiam judicis condemnatio *l. item veniunt* 18. §. *pen. D. de petit. hæred. l. si quo tempore* 41. *D. eod.* Idem traditum est de peculio, ejusque judicio in *l. quæsitum in princ. D. de pecul.* Licet enim actio de peculio, non sit de universitate bonorum, sicut petitio hæreditatis: tamen qui agit de peculio petit omne id, quod est in peculio; adeoque hac petitione complectitur omnes res peculiares. Persequitur enim, quantum est in peculio, cum hæc actio datur, quatenus est in peculio §. *actiones* 10. *instit. tit. de action.* §. *præterea instit. tit. quod cum eo qui in al. pot.* Peculium autem continet omne id, quod servus domini permissu separatim a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur *l. depositi* 5. §. *ult. D. de pecul.*

Alia quoque occurrit exceptio: si id, 12 quod post litem contestatam accidit, ita connexum sit cum eo, quod petitum fuit, ut ab eo separari non possit. Exemplum proponitur in *l. Antæus* 14. *in fine cum l. seq. D. de aq. & aquæ pluviæ arc.* Si aquæ pluviæ arcendæ actum sit, Paulus ait: *de eo opere, quod post litem contestatam factum est; novo judicio agendum est:* & hoc consentaneum est ei, quod scripserat in *l. non potest* 23. *D. de judic.*

Sub-

Subdit tamen in *l. seq. sed interdum opus, & quod post litem contestatam factum est, tolletur, si id, quod antecessit, tolli sine eo non potest.*

13 Hactenus de judiciis, in quibus non tam litis contestatæ tempus spectatur, quam rei judicatæ: adeoque non servatur regula: *quod initio non valet, tractu temporis non convalescit.* Modo ad contractus revertamur. In his quoque non observatur quoad jussum, & mandatum, quod in ipsis aliquando requiritur. Non quod etiam in jussu, mandatoque ea locum non habeat: nam *si jussu meo cum alieno servo tractatum fuerit, cumque postea redemero, quod jussu non teneor, ne actio, quæ ab initio inutilis fuerit, eventu confirmetur.* Sunt verba Pauli in *l.* 2. §. *si jussu ff. quod jussu*, qui hanc regulam ubique nobis obtrudit. Sed quod ratihabitio supplet defectum mandati, & cum retrotrahatur ad initium, perinde est, ac si ab initio mandatum intervenisset *l. ult. in princ. C. ad SC. Macedon. l. vero* 12. *ff. de solut. l. si fundus* 16. §. 1. *ff. de pignor. & hypoth.* Igitur si in aliquo actu necessarium erat mandatum, vel jussus, & initio non intervenerit, actus convalescit, si postea ratihabitio subsequatur. Itaque cum nemo possit rem meam sine meo mandato pignori opponere; tamen si opposuerit, & ego postea id sciens ratam habuero pignoris obligationem, pignus convalescit, quasi ab initio voluerim rem illam pignori opponi, idque pignoranti mandaverim *l. si fundus* 16. §. 1. *ff. de pignor.* Item, vero procuratori recte solvitur, non autem falso procuratori, hoc est, qui non habet mandatum a creditore, nec si ei solvatur, contingit liberatio *l. vero* 12. *ff. de solut.* sed, si creditor postea ratam habuerit solutionem, liberatio contingit, quia mandato comparatur *d. l. vero* §. *ult.*

14 Non aliter evenit in filiofam. mutuum accipiente contra SC. Macedonianum, qui ex mutuo non obligatur *l.* 1. *& tot. tit. D. & C. de SC. Macedon.* Tamen si pater aut jusserit, aut mandaverit filio suo credi, non obstat Senatusconsultum *l. item si* 7. §. *hoc amplius penult. l. si tantum* 12. *D. de SC. Macedon.* Quod si initio neque jusserit, neque mandaverit, neque sciverit mutuum a filio accipi ( nam & scientia sufficit *d. l. si tantum in princ.* ) mutuum non subsistit: convalescit autem patre postea ratum habente *l. ult. C. ad SC. Maced.* Contra vero, si pater jusserit filio credi, deinde ignorante creditore voluntatem mutaverit, locus senatusconf. non erit, quoniam initium contractus spectandum est *d. l. si tantum* 12. Idemque responsum est de mandato solvendi in *d. l. vero* 12. §. *sed etsi quis D. de solut.* Adeo verum est, in contractibus initium esse spectandum: eatenus autem deficiente initio mandati convalescit contractus subsequente postea ratihabitione, quatenus ratihabitio & mandato comparatur, & retro recurrit ad initium: adeoque perinde est, ac si ab initio mandatum intervenisset *d. l. ult. C. ad SC. Maced. d. l. si fundus* 16. §. 1. *D. de pignor. & hypoth.*

Idem traditum est etiam de actione, 15 quod jussu Dominus, & pater ex contractu servi ac filii non obligantur, neque ex eorum persona possunt conveniri, sive filius in potestate fuerit, sive sui juris *l.* 1. *C. ne fil. pro patre* §. *actiones* 10. *inst. tit. de action.* nequidem ex causa decurionatus *l.* 3. *C. eod.* Sed, si domini, aut patris jussus in contrahendo intervenerit, adversus eos in solidum judicium datur; nam quodammodo cum eo contrahitur, qui jubet *l.* 1. *in princ. D. quod jussu.* Quod si dominus, aut pater initio non jusserint, sed postea ratum habuerint, quod servus, & filius gesserunt, eodem modo in solidum actione quod jussu possunt conveniri *d. l.* 1. §. *si ratum.* Et ne pluribus rem perspicuam declaremus: id in omnibus similibus usu venire solet.

Duo tamen excipiuntur: jussus de adeunda hæreditate: & auctoritas tutoris. Filius, & servus non possunt adire hæreditatem 16



Digitized by Google

tatem sibi delatam sine jussu patris, ac domini, ne eos invitos obligent æri alieno. §. *item vobis instit. tit. per quas person. cuique acquir. l. acquiritur* 10. §. 1. *D. de acquir. rer. domin. l. qui in aliena* 6. *D. de acquir. hæred.* Jussus autem præcedere debet aditionem. *l. si quis mihi bona* 25. §. *jussum D. eod.* Imo, si sub conditione fuerit interpositus, & ante impletam conditionem adiverit, nulla est aditio: veluti, si pater jusserit filio, ut adeat hæreditatem, si diligenter ejus viribus exploratis idoneam esse compererit. Nam, si filius adeat non explorata hæreditate, cum persuasum habeat, eam esse idoneam, aditio nulla est *l. eum qui duobus* 51. §. 1. *D. eod.* Potest tamen & per epistolam, & per internuntium fieri *d. l. si quis mihi bona* §. *jussum.* Auctoritas vero tutoris nec præcedere potest actum a pupillo gestum *d. l. si quis* 25. §. *jussum*: nec potest post actum ex intervallo interponi, imo nec per epistolam, nec per internuncium interponi, nec tacitus consensus sufficit: sed tutor præsens esse debet, & statim perfecto negotio verbis expressis auctoritatem interponere *d. §. jussum*, & §. *tutor instit. tit. de auctor. tutor. l. obligari* 9. §. *tutor D. eod.* & sub conditione interponi non potest, ut de jussu diximus *l. etsi conditionalis* 8. *D. eod.*

17 Quantum autem ad ratihabitionem attinet, illud animadvertendum est, quod plerumque etiam tacitus consensus seu ipsa taciturnitas eum scientia conjuncta pro ratihabitione habetur, & confirmat actum, qui ab initio erat inutilis. Ut puta filius in potestate patris existens nuptias sine ejus consensu contraxit: nullum est de jure civili matrimonium *princ. tit. instit. de nupt. l. Paulus* 11. *D. de stat. hom. l. oratione* 16. §. 1. *l. nuptiæ* 18. *l. filiusfam.* 35. *D. de ritu nupt.* si tamen pater cognitis nuptiis non contradixit, matrimonium confirmatur *l. si ut proponis* 5. *C. de nupt.* Idem traditum de filiofam. mutuum accipiente contra SC. nam si pater sciverit mutuum ab eo acceptum, & non protestetur, & non contradicat, mutuum confirmatur *l. si tantum* 12. *in princ. D. de SC. Maced.* Idem quoque traditum est de sponsalibus in *l. sponsalibus* 7. *D. de sponsal.* In his quoque consensus patris requiritur, sed consentire videtur, si evidenter non dissentiat.

Illud etiam notandum, quod licet ratihabitio retrotrahatur ad initium, aliquando tamen non retrotrahitur, & valet a die, quo ratus habetur. Hoc evenit in nuptiis, quas si pater ex postfacto ratas habuerit, convalescunt, non a tempore, quo contractæ fuerunt, sed a tempore, quo eas pater confirmavit *l. quid ergo* 13. *in princ. D. de his, qui not. infam. l. si uxor* 13. §. *si quis uxorem* 6. *D. ad leg. Jul. de adult.* Et ratio est, quia in nuptiis requiritur jussus patris, qui nuptias præcedere debet *princ. tit. instit. de nupt.* Si autem consensus patris retro curreret ad tempus nuptiarum, consensus non præcederet nuptias: quia nuptiæ valerent ab eo tempore, quo fuerunt contractæ, consensus autem multo post fuit interpositus. Itaque hic consensus potius habet naturam jussus, quam ratihabitionis. 18

Idem quoque evenit in dote in hisce nuptiis constituta. Consentiente patre post nuptias contractas, non solum nuptiæ convalescunt, sed etiam dotis promissio *l. dotis promissio* 68. *in princ. ff. de jure dot.* Non tamen valet a die, quo promissa fuit, sed a die, quo per consensum patris nuptiæ confirmantur, ut apparet ex laudata *l.* & evidentius probatur ex *l. manifestum C. de nupt.* ubi, si contractis nuptiis contra mandata Principum dos facta fuerit caduca: etsi consensu postea coeperit matrimonium, non tamen in præteritum commisso vitio potuit mederi. Matrimonium incipit post consensum, itemque dos: non autem in præteritum a die, quo fuit contractum matrimonium, aut dos promissa fuit: ideoque vitium, propter quod facta fuit caduca, non purga- 19

tus

*quæ recte constiterunt, resolvi putant, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent incipere.* Et Paulus in *l. in ambiguis* 85. §. 1. *D. de R. J. Non est novum, ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt.* Ex his constat, quod nec ab omnibus, nec in omnibus casibus hæc regula recepta fuit. Obtinet etiam non raro huic contraria regula. Quod jure gestum est, non debet retractari, licet evenerit casus a quo non potuisset inchoari *c. factum* 73. *de reg. jur. in* 6. *C. de confirm. tutor. l. sancimus* 15. *vers. non debet C. de admin. tutor.* Quando hæc vel illa regula sit amplectenda, variis exemplis explicabimus.

2 Quæ initio recte constiterunt, resolvuntur, si in eum casum recidunt, a quo incipere non potuissent. Hæc regula primum obtinet, quoties res, quæ initio erat ejusmodi, ut præstari posset, & de ea contrahi; postea in eum casum recidit, ut amplius præstari non possit. Etenim hoc casu necesse est, evanescere stipulationem, in quam deducta fuit, & alium quemcumque contractum, aut legatum: quia impossibilium nulla est obligatio *l. impossibilium* 185. *ff. de R. J.* & cum stipulor fieri, quod fieri non potest; vel dari, quod dari non potest, non consistit obligatio *l. cum stipulor* 35. *in princ. ff. de V. O.* Exempla nobis suppeditat legislator noster in §. 2. *versic. item contra instit. tit. de inut. stipul.* si res, quæ in obligationem deducta est, vel in rerum natura esse desierit sine culpa promissoris: vel commercio hominum exempta fuerit, veluti, si servus liber factus sit, vel res promissa facta fuerit sacra, vel religiosa, vel publicis usibus destinata *l. inter* 83. §. *sacram versic. nam & cum quis ff. de V. O.* Atque adeo inutilis fit stipulatio, ut non reviviscat, etiamsi postea ejusmodi fiant, ut præstari possint *d. l. inter* §. *sacram ff. de V. O. l. qui res* 98. §. *ult. ff. de sol.*

4 Quod autem diximus extingui obligationem, si res sine culpa debitoris in rerum natura esse desierit, ita temperandum est: si tota omnino perempta fuerit: nam si pars ejus aliqua supersit; in parte, quæ superest, consistit obligatio: ut puta grex legatus est: ad unam ovem postea redactus est: ovis illa debetur, & in ea consistit legatum: item insula legata combusta est: in area legatum consistit *l. si grege legato* 22. *ff. de legat.* 1. Est enim area ædium seu insulæ pars, & quidem maxima *l. qui res suas* 98. §. *aream ff. de solut.* Quod si supersint tantummodo reliquiæ, seu, ut ait JC. lipsana, λειψανα in totum legatum & obligatio exstinguitur. Itaque mortuo bove, neque corium, neque caro, neque cornua debentur *l. mortuo bove* 49. *in princ. ff. de leg.* 2. Et quamvis bove surrepto, & occiso, condici possit corium, & caro, tamen id accidit quoties corium, & caro a fure fuerunt contrectata, quia tunc fit furtum etiam corii, & carnis per contrectationem *l. si servus* 14. §. *ult. ff. de condict. furt.* Et quod magis mirum est, exstinguitur legatum quadrigæ, si mortuus fuerit equus excellentior, per quem quadriga erat celebrata *l. peculium* 68. §. *quadrigæ ff. de leg.* 1. sed hoc intelligendum, si vivo testatore moriatur, quia desinit esse quadriga, & ideo, si testator alium equum substituat, legatum subsistit *d. l. peculium.* Eademque ratione idem responsum est in societate in *l. si id, quod* 58. *in princ. ff. pro soc.* In legato autem ususfructus quadrigæ idem sine ulla distinctione equi, qui mortuus fuit, responsum est in *l. quid tamen* 10. *in fin. ff. quib. mod. ususfr. amit.* quia ususfructus etiam rei mutatione finitur *l. repeti* 5. §. *rei mutatione D. eod.* §. *penult. inst. tit. de usufr.*

5 Res etiam mea mihi dari non potest, quia quod meum est, amplius meum fieri non potest §. *sic itaque discretis* 14. *inst. tit. de action.* §. *sed si rem* 10. *instit. tit. de legat. l.* 3. §. *ex contrario D. de acquir. vel am. poss. non ut ex pluri-*

*ribus* 159. *D. de R.J.* Itaque rem meam mihi dari pure ſtipuler inutiliter *l. nemo rem* 82. *D. de V. O.* Eadem ratione, ſi rem alienam ſtipuler, quamvis initio valeat ſtipulatio, tamen ſi mea fiat, extinguitur ſtipulatio, quia recidit in eum caſum, a quo incipere non potuiſſet §. 2. *verſic. item contra inſt. tit. de inutil. ſtipul.* Quemadmodum autem rem meam ab initio ſtipulari poſſum ſub conditione, quia in pendenti eſt obligatio, & poteſt eſſe aliena, cum exiſtet conditio, & naſcetur obligatio *l. si rem* 31. *l. exiſtimo* 98. *in princ. D. de V. O.* Ita ſi rem alienam ſtipuler ſub conditione, eaque pendente conditione mea fit, non corruit ſtipulatio, quia non recidit in eum caſum, a quo incipere non potuiſſet: quoniam, ut dixi, rem meam ſub conditione recte ſtipulor: & ſicut ideo recte ſtipulor, quia fieri poteſt aliena, antequam exiſtat conditio, & naſcatur obligatio: ita non corruit ſtipulatio, ſi pendente conditione mea fiat, quia poteſt iterum fieri aliena adhuc pendente conditione, *l. exiſtimo* 98. *D. de V. O. l. quoties* 34. *in fine princ. ff. de uſufr.*

6 Huc pertinet etiam, quod traditur in *l. si tibi* 17. *ff. quib. mod. uſusfr. amit.* ubi legatum uſusfructus extinguitur, ſi proprietatem acquiſiveris. Cum enim res ſua nemini ſerviat *l. uti frui* 5. *in princ. ff. si uſusfr. petat. l. in re communi* 26. *ff. de ſervit. urban. præd.* non poteſt conſtitui uſusfructus, aut acquiri ei, qui fundi dominus eſt *l. Sempronius Attalus in princ.* 26. *ff. de uſufr. leg. l. qui uſumfructum* 36. §. 1. *ff. de uſufr.* Quemadmodum igitur non poteſt conſtitui uſusfructus in re propria; ita ſi initio recte fuerit uſusfructus conſtitutus, & poſtea proprietatem acquiras, extinguitur uſusfructus *d. l. si tibi fundi* 17. *ff. quib. mod. uſusfr. amit.* Continet hæc lex ſingulare quiddam, quocirca non erit inutilis ejus explicatio. Teſtator fundi uſumfructum tibi pure legavit, & Titio ejuſdem fundi proprietatem ſub conditione. Pendente adhuc conditione tu ejus fundi proprietatem es conſecutus: adeoque extinctus eſt uſusfructus tibi legatus §. *pen. inſt. tit. de uſufr.* frueris enim fundo non amplius jure ſervitutis, ſed jure dominii, quod ſervitutem abſorbuit. Deinceps exiſtit conditio, ſub qua proprietas Titio legata fuerat. Quæritur, quid Titius ſit habiturus ex legato: & reſpondet Julianus eum conſecuturum plenam proprietatem, hoc eſt, totum fundum, ſeu proprietatem conjunctam cum uſufructu. Atqui legata ei fuerat ſola proprietas detracto uſufructu, qui tibi legatus erat: ſed cum tu proprietatem acquirendo omne jus legati uſusfructus amiſeris, non potes illum retinere, & cum ſit junctus proprietati, neceſſe eſt, ut tranſeat ad Titium, ad quem tranſit ipſa proprietas. Itaque tu non habes uſumfructum, qui tibi legatus erat, & Titius conſequitur amplius, quam ei legatum fuerat, hoc eſt, plenam proprietatem, cum ei legata eſſet proprietas nuda detracto uſufructu. Hæc ſunt omnino ſingularia.

Quid autem dicendum, ſi tu proprie- 7
tatem, quam acquiſiviſti, amittas adhuc pendente conditione: an reviviſcet uſusfructus, adeo ut eveniente conditione poſſis illum retinere? Et quidem Julianus ait te omne jus legati uſusfructus amiſiſſe; unde conjicere poſſumus, eum non reviviſcere: jus enim ſemel exſtinctum non reviviſcit, & in perpetuum ſublata obligatio, reſtitui non poteſt *l. qui res ſuas* 98. §. *aream verſ. & in perpetuum ff. de ſolut. l. ſed ſi meis* 26. §. *arbor. ff. de acquir. rer. dom. l. ſancimus* 25. *verſic. non enim debet C. de admin. tutor.* & uſusfructus certis modis conſtituitur, nempe in ultima voluntate legatis, & fideicommiſſis: inter vivos, pactis & conventionibus *princ. tit. inſt. de uſufr.* Ergo ſi omne jus uſusfructus exſtinctum eſt, non poteſt reſtitui per ſolam proprietatis alienationem, niſi aut teſtamento, aut contractu iterum conſtituatur. Verumtamen ſi mihi legatus eſſet uſus-

Digitized by Google

ususfructus sub conditione, eaque pendente, proprietatem acquisiveto, & ante existentem conditionem alienavero: existente postea conditione usumfructum acquiram *l. quoties* 34. *in princ. versic. quia etsi sub conditione ff. de usufr.* Ratio est, quia nunquam ususfructus proprietati junctus est, & cum ea consolidatus: adeo-
8 que nunquam fuit exstinctus. Idem hac eadem ratione fuit in eadem *l.* constitutum, quoties duobus alternis annis ususfructus legatus est. Nam, si unus ex legatariis proprietatem adipiscatur, amittit quidem usumfructum eorum annorum, quibus retinet proprietatem, amissa autem proprietate rursus ad eum revertitur ususfructus, & alternis annis fundo fruetur, sicut ante acquisitam proprietatem fruebatur. Quid ita? Non quia alienata proprietate reviviscat ususfructus. Sed quia cum legatur ususfructus alternis annis non est unicum legatum ususfructus, sed tot sunt legata, quot sunt anni *l. cum ususfructus* 13. *ff. de usufr. leg. l.* 2. *in princ.* & §. 1. *ff. quib. mod. ususfr. amit.* Imo etsi legatus sit ususfructus ad certum tempus: & quod magis est, etiamsi legatus fuerit, quoad vivet *l.* 3. *in princ. ff. eod.* licet exprimatur tempus, quod tacite inest, quia omnis ususfructus morte finitur §. *finitur inst. de usufr.* tamen aliquando non est eadem vis expressi & taciti *l. servo* 47. *in fin.* & *l. nonnunquam* 52. *D. de condit. & dem.* Ex his efficitur, ut si ille, qui habet usumfructum in singulos annos capite minuatur, amittat solummodo usumfructum ejus anni *d. l.* 2. *si non mors D. quibus mod. ususfr. amit.* quia reliqui anni habent repetitionem ususfructus.

9 Ad alia progrediamur. Aliæ quoque servitutes in ea causa sunt, ut quandoque in ipsis obtineat superior regula. Servitus pro parte constitui non potest, quia est individua, & nullæ sunt ejus partes *l. via* 17. *ff. de servit.* nec pro parte domino fundi acquiri potest *l. pro parte* 11. *D. eod.* Pro parte, inquam. Nam pars divisa, pars non est, sed totum quiddam, sive re ipsa divisa fuerit, sive intellectu, & destinatione domini *l. recte dicimus* 25. §. 1. *D. de V. S.* potest tamen appellari pars, cum refertur ad totum: recte etiam totum appellatur, cum refertur ad se ipsum, &, prout est, in se consideratur, & ita Servius cum Mucio conciliandus, in *d. l. recte in fin.* utriusque enim sententia vera est. Non potest igitur legari usus fundi pro parte, quia pro parte uti non possumus, licet pro parte frui possimus, quia fructus dividui sunt. *l. usus* 19. *D. de usu & habit.* Si utor fundo, vel alia re, utique utor in solidum, usus enim dividi non potest. Verumtamen legari potest servitus usus pro parte fundi divisa, quia pars illa, quantacumque sit, fundus est. Nam quælibet fundi portio fundus dici potest *l. locus* 60. *D. de V. S.* Possum igitur uti portione illa in solidum, & non dividitur servitus pro parte, quia tota servitus in illa portione consistit, hoc est, in illo fundo, qui a reliqua parte divisus est: non enim magnitudo, sed affectio domini fundum facit: & sicut ex duobus fundis unum efficere potest eos conjungendo: ita ex uno potest duos efficere ipsum dividendo *d. l. locus D. de V. S.* Non potest igitur pro parte servitus acquiri. Quocirca etsi ab initio servitus in solidum domino debeatur, ex ejus stipulatione: postea autem dominus fundi partem alienet, corrumpit stipulationem, in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit *l. pro parte* 11. *ff. de servit.* 10

Contrarium omnino videtur, quod Paulus scripsit in *l. pluribus* 140. §. *ult. ff. de V. O. Et si placeat extingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest: non tamen hoc in omnibus verum est. Ecce stipulari viam, iter, actum ad fundum communem socius non potest: tamen si is, qui stipulatus fuerit, duos hæredes relinquat, non extinguitur stipulatio; & per partem dominorum servitus acquiri non potest: acqui-*

*quisita tamen conservatur, & per partem dominii: hoc evenit, si pars prædii servientis, vel cui servitur, alterius domini esse cœperit.*

11 Sed non sunt hæc contraria: nec esse possunt. Etenim idem Paulus in *l. si sub una* 136. §. 1. *D. de V. O.* aliter statuit. *Si quis viam ad fundum dari stipulatus fuerit, postea dictum suum fundum partemve ejus ante constitutam servitutem alienaverit, evanescit stipulatio.* Superior igitur lex neque contraria est regulæ supra expositæ, neque legibus de particulari successore tractantibus. Etenim longe diversa ratio est hæredis, & particularis successoris. Hæres personam defuncti repræsentat, ejusque vices sustinet, adeo ut eadem persona videatur. *Authent de jurejur. a mor. præst.* 48. *in præfat. l. hæredem* 59. *D. de R. J. princ. tit. de stipul. serv.* Quamobrem sicut defunctus habebat servitutem in solidum, ita & singuli ejus hæredes. Hæreditas enim jus est incorporale §. 2. *inst. tit. de reb. corp. & incorp.* & ideo individua est sicut ususfructus *d.* §. 2. & pro diviso possideri non potest *l. Pomponius in fin. D. de rei vindic.* licet enim hæreditas plerumque dividi dicatur, ut in *l. interdum* 13. §. 1. *& l. servum* 50. §. *ult. ff. de hæred. instit.* §. *hæreditas* 5. *inst. tit. eod.* tamen non dividitur ipsum jus, quod est universale *l. hæreditas* 50. *in princ. D. de petit. hæred. l. nihil est aliud* 24. *D. de V. S.* & dividi non potest, cum sit hæreditas, etiamsi nihil corporale sit in hæreditate *d. l. hæreditas* 50. *& l.* 3. §. 1. *ff. de bonor. poss.* sed dividitur ratione rerum, quæ sunt in hæreditate, & dividuntur ipsæ res hæreditariæ, quemadmodum evenit in usufructu, qui est servitus individua per se, sed dividuus est ratione fructuum, qui corporales sunt §. 2. *inst. tit. de reb. corpor. l.* 1. §. *ult. D. de divis. rer.* Actiones quoque hæreditariæ, & ipsæ dividuntur inter cohæredes pro portionibus hæreditariis ex lege duodecim tabularum, *l. hæredes ejus* 25. §. *idem juris D. fam. ercisc.* non quod actio ipsa per se dividatur; dividi enim non potest, cum & ipsa sit jus *princ. tit. instit. de action. l. nihil aliud* 51. *D. de oblig. & act.* Sed & ipsa dividitur ratione rerum, quas persequitur, sicut dividitur obligatio, & hæreditas *d.* §. 2. *instit. tit. de reb. corp.* possum enim petere rem totam, vel partem ejus pro jure, quod in ea mihi competit, *l.* 1. §. 1. *D. si pars hæred. petat. l.* 3. §. *ult. l.* 5. *in princ. & passim alibi D. de rei vindic.*

12 Verumtamen tam res hæreditariæ, quam actiones dividuntur, siquidem res ipsæ dividuæ sint: cæterum si individuæ sunt, ut servitutes, singuli hæredes habent actionem in solidum. *l. hæredes ejus* 25. §. *an ea stipulatio* 9. *D. famil. ercisc.* talis enim stipulatio per legem duodecim tabulatum non dividitur, quia nec dividi potest, ut ait in laudata lege Paulus. Quod si servitus non præstetur pro parte hæreditaria, condemnationem fieri oportet *d.* §. *an ea stipulatio.* Idem est si promissor viæ plures hæredes reliquerit, singuli enim in solidum tenebuntur, & poterunt in solidum conveniri. Verumtamen si unus ex his solidam æstimationem præstiterit, poterit a cohæredibus partem pro eorum portione hæreditaria recuperare: æstimatio enim pro parte præstari potest *d. l. hæredes* 25. §. *contra si promissor.* Idemque obtinet in legato, & stipulatione, si plures fuerint hæredes instituti *l. si qui* 80. §. *quædam D. ad leg. Falcid. l.* 2. *in fin. D. de servit. leg.* Atque hæc servantur in omni stipulatione individua *l. stipulationes non dividuntur* 72. *in princ. D. de V. O.* Ex his efficitur, hunc casum de pluribus hæredibus, neque destruere regulam a nobis initio expositam, quia stipulatio non incidit in eum casum, a quo incipere non potuisset, cum singuli hæredes in solidum teneantur, & in solidum, non pro parte servitutem petere possint: neque opponi decisioni *l. pro parte* 11. *ff. de servit.* quæ agit de successore particulari, in quem, cum pars fundi tantum sit alienata, non potest transferri solida servi-

tus,

tus, nec quidem pro parte, cum sit individua.

13 Interdum etiam in causa damni dati servatur superior regula. Exemplum habemus in *l. huic scripturæ* 15. *in fin. cum l. sequent. ff. ad l. Aquil.* Ibi: *sed si vulneratum mortifere servum, liberum, & hæredem esse jusseris: deinde decesserit, hæredem ejus agere Aquilia non posse, quia in eum casum res pervenit, a quo incipere non potest*; utique pervenit in eum casum, a quo incipere non potest: nam legis Aquiliæ actio domino datur *l. Mela* 11. §. *legis* 6. *ff. ad leg. Aquil.* hic autem hæres non potuit esse dominus liberi hominis, cujus hæres fuit. Sed quod magis est, legis Aquiliæ actione petitur tum æstimatio corporis occisi, tum quicquid perempto eo corpore nobis damni datum est §. *illud* 10. *instit. tit. de leg. Aquil. l. ait lex* 21. *in fin. cum duab. seqq. ff. eod.* Atqui neque liberi hominis ulla est æstimatio, cum nemo sit membrorum ejus dominus *l. liber homo* 13. *ff. eod.* neque hæres ex vulnere aut nece defuncti damnum ullum passus est: quin imo hæreditatis emolumentum est consecutus. Lex autem Aquilia lata est ad reparandum damnum injuria datum *princ. tit. inst. de leg. Aquil. l.* 5. §. 1. *& toto tit. ff. ad leg. Aquil.* Itaque obligatio, quam acquisivit servi dominus ob vulnus mortiferum servo inflictum, pervenit ad eum casum a quo incipere non posset.

14 Hactenus expositum est, quando extinguatur obligatio propter vitium rei, quæ eo deducta est, ut amplius præstari non possit. Idem evenire solet in personis, si fiant incapaces ejus, cujus ab initio capaces erant. Ut puta: servus fuit hæres institutus; utique valet institutio. Nam & servi recte instituuntur *princ. tit. inst. de hered. instit.* postea poenæ servus effectus est, adeoque incapax hæreditatis; corruit institutio *l. si quis mihi bona* 25. §. *si quis plane* 3. *ff. de acquir. vel omit. hæred.* Rursus servus est institutus: dominus jussit eum adire hæreditatem, utique recte adit §. *servus instit. tit. de hered. inst.* Sed si dominus, antequam adiret, pœnitentiam egit, nihil agit adeundo *d. l.* 25. §. *penult. D. de acquir. hæred.* non est enim amplius capax adeundi, cum non possit invitum dominum hæreditati obligare *l. qui in aliena* 6. *in princ. ff. de acquir. hæred.* Idem est, si antequam adeat, a domino fuerit alienatus *l. Antistius* 62. *in fine ff. eod. d.* §. *servus* 1. *in fin. inst. de hæred. instit.* ubi aliud exemplum in *vers. quod si alienatus.*

Alia duo exempla proponuntur in *l.* 3. § 1. *&* 2. *ff. de his, quæ pro non script. hab.* si hæres vel legatarius post testamentum, in quo hæreditas, vel legatum eis relictum fuit, in metallum dentur, extinguitur legatum, & institutio *d.* §. 1. quia etsi ab initio ejusmodi fuissent, non valeret *d. l.* 3. *in princ.* Alterum si servo alieno quis legaverit, & postea eum redemerit, legatum extinguitur *d. l.* 3. §. 2. quia servo proprio sine libertate inutiliter legatur. *l. penult.* §. *illo videlicet C. de necess. serv. hæred. inst.* Recte igitur in nostra *l.* 3. §. 2. *in fin. Nam quæ in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur.* 15

Demum singulare prorsus videtur exemplum a Paulo allatum in *l. tutelas* 7. *ff. de cap. minut.* Tutelas etiam non amittit capitis minutio, exceptis his, quæ jure agnationis proximis potissimum deferuntur. Igitur testamento dati, vel ex lege, vel ex SC. erunt nihilominus tutores: sed legitimæ tutelæ ex duodecim tabulis intervertuntur, eadem ratione, qua hæreditas exinde legitima: quia agnatis defertur, qui desinunt esse familia mutata. Quæ sunt tutelæ legitimæ, quæ ex legibus duodecim tabularum deferuntur? nempe, quæ deferuntur proximis agnatis *princ. tit. & §. qui autem inst. tit. de legit. agnat. tutel. l.* 1. *in princ. D. de legit. tut.* Ergo ita legendum videtur cum Cujacio: nisi malis cum Balduino legere; *quæ in jure antiquo* &c. 16

ju-

re antiquo, id est, duodecim tabulis, quæ lex antiqua vocantur in *l.* 2. §. 1. *D. de noxal. act.* Cæterum has tutelas amitti etiam Ulpianus ait in *fragmentis tit.* 11. *de tutel.* §. *excepta*. *Amitti*, *& interverti* tutelas, comprehendere videntur etiam tutelas jam susceptas. *l. non videtur* 83. *ff. de R. J. l. nec utilem* 20. *in fin. D. ex quib. cauſ. major.*

---

## CAPUT XXV.

### *Ad eamd. L.*

### SUMMARIUM.

I *Superioris regulæ exceptiones regulam nostram formarunt.*
II *Actus ante furorem aut furore intermittente gesti, eo superveniente non infirmantur.*
III *Consensus & integritas mentis in agente requiritur in ipso actu. Idem est, si opus sit consensu alterius.*
IV *Donatio concubinæ facta valet, etiamsi ea postea ducatur in uxorem.*
V *Servitute recte constituta si duo hæredes instituantur, servitutis obligatio non extinguitur.*
VI *Quod recte absolutum est, non corrumpitur superveniente mala fide aut delicto. Exponitur L. 1. §. ult. ff. de itin. act. priv. & n.* VII.
VIII *Legatum ejus, quod in diem vel sub conditione debetur, an valeat, si dies & conditio vivente testatore extiterit, controversum apud veteres.*
IX *Affirmativa sententia a Justiniano approbata, & qua ratione & n* X.
XI *Conciliatur L. a filio 25. ff. de leg. 1. cum l. si a servo 20. ff. ad leg. Falc. & n.* XII. XIII.
XIV *Explicatur l. 3. C. de interd. matrim.*

1 QUæ initio recte instituta sunt, extinguuntur, si in eum casum inciderint, a quo incipere non poterant. Hæc regula, quam supra exposuimus, plures habet exceptiones: nam & apud veteres fuit controversa, ut diximus, & Paulus in *l. in ambiguis* 85. §. 1. *D. de R. J.* ait: *non est novum, ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt.* Idem in *l. penult.* §. 2. *D. de V. O. etsi placeat exstingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest: non tamen hoc in omnibus verum est.* His exceptionibus, quæ modo a nobis singulatim sunt expendendæ, conflata est alia regula huic omnino contraria: quod jure gestum est, non retractatur, licet evenerit casus, a quo non poterat inchoari: de qua in superiori. Unde vulgo jactatur: multa facta tenent, quæ fieri prohibentur. Jam vero ad eas exceptiones exponendas aggrediamur.

Primum autem occurrunt omnes actus, 2
qui aut ante furorem, aut furore intermittente geruntur. Hi enim superveniente furore non infirmantur §. 1. *in fin. inst. tit. quib. non est permissum facere test.* Ibi: *nam neque testamentum recte factum, neque ullum aliud negotium recte gestum postea furor interveniens perimit.* Itaque furore superveniente neque testamentum infirmatur *d.* §. 1. *& l. ult. D. de injust. rupt. l.* 1. §. *si quis autem* 9. *D. de bon. possess. secund. tab.* neque matrimonium recte contractum *l. patre furioso* 8. *versic. nam furiosus ff. de his, qui sunt sui vel al. jur. l. oratione* 16. §. *ult. D. de rit. nupt.* neque exstinguit obligationem recte contractam *l. si a reo* 70. §. *si a furioso D. de fidejuss.* neque interrumpitur usucapio *l. justo* 44. §. *eum qui* 6. *D. de usurp. & usucap.* neque magistratus abrogatur *l. nec mandante* §. 1. *D. de tutor. & curat. dat.* interrumpitur tamen facultas gerendi ea, quæ pertinent ad magistratum, cum mentis integritatem ad ea gerenda omnino necessariam non habeat. Ratio autem ea est, 3
quia consensus, & judicii maturitas, & mentis integritas, quæ ad perficiendum actum requiritur, in ipso actu gerendo requiritur, non post actum jam perfectum, quo tempore est omnino inutilis. Quamobrem si furiosus grassante furore testamentum fecerit, licet postea convalescat, testamentum nihilominus non convale.

Digitized by Google

valescit: idemque servatur in eo, qui testamentum fecit, cum esset impubes, vel filiusfam. Nam etsi ad pubertatem pervenerit, vel sui juris efficiatur, nihilominus testamentum non valebit *princ. tit. inst. in fin. & in §. 1. quib. non est permiss. fac. testam. l. si filiusfam. 19. D. qui testam. fac. poss. l. 1. §. 1. ff. de leg. 3.* Nam sicut voluntas, & consensus, ita jus, & facultas gerendi actum, in ipso actu gerendo requiritur: & ideo postea superveniens non purgat vitium, & nullitatem actus non supplet. Quocirca & si consensus alterius requiratur, hic in ipso actu gerendo debet intervenire, & si ante fuerit interpositus, durare debet, quousque actus perficiatur. Igitur si pater filio, aut dominus servo jubeat, ut adeant hæreditatem, &, antequam adeant, in furorem incidant, nulla erit aditio, quia voluntas patris ac domini requiritur in ipso actu adeundæ, & acquirendæ hæreditatis, furiosi autem nulla voluntas est, *l. qui servum 47. ff. de acquir. vel omit. hæred.* Jussus enim præcedere debet, & si postquam jussit, poeniteat eum antequam adeatur hæreditas, nihil agunt adeundo *l. si quis mihi bona 25. §. jussum, & §. penult. ff. eod.* Idem est si post jussum pater se dederit arrogandum *d. l. §. ult.* quia cum requiratur voluntas patris in actu adeundi, necessaria est voluntas, & jussus arrogatoris, in cujus potestatem & pater, & filius transierunt, *§. penult. instit. tit. de adoption. l. si paterfam. 15. & l. arrogato 40. ff. de adoption. l. pen. §. testamento ff. de bon. poss. sec. tabul.* idem quoque obtinet in filiofam. mutuam pecuniam accipiente: nam si pater consensum præstet, & postea mutet voluntatem ante numerationem, mutuum erit inutile, nisi id creditor ignoret *l. si tantum 12. ff. de SC. Maced.* excusatur enim creditor ignorans, cum si credat eum esse patremfam. justo errore deceptus cesset Senatusconsultum *l. 3. in princ. & §§. seqq. ff. eod.* Et hanc rationem, quam modo adduximus, verissimam esse constat, quia nec contrarius consensus & actus rescindendi priorem actum, grassante furore aut mentis alienatione, factum ipsum rescindit *l. ult. ff. de injust. rupt.* tum maxime, quia quoties consensus agentis non requiritur, sed legis potestas operatur, actus a furioso gestus parit suum effectum, ut in *l. patre furioso versic. quare D. de his, qui sunt sui vel. al. jur.*

4 Secundo occurrit exemplum donationis in concubinam collatæ. Donatio facta concubinæ valet *l. si prædia 58. D. de donat. inter vir. & uxor.* imo & meretrici *l. affectiones 5. ff. de donat. l. idem si 4. §. sed quod ff. de cond. ob. turp. caus.* Contra donatio inter virum, & uxorem non valet *l. 1. & 2. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Finge quemdam concubinæ suæ donasse, valet donatio: postea eam ducit uxorem, atque adeo donatio venit in eum casum, a quo incipere non potest: non tamen infirmatur aut revocari potest *l. donationes 31. in princ. ff. de don.* Recte. Nam quæ causa subest, cur hæc donatio debeat infirmari? certe nulla ex iis, quæ irritam faciunt donationem inter conjuges. Eæ sunt: ne honesto amore spolientur, si a donationibus temperaverint: ne concordia pretio conciliari videatur: ne diffidia oriantur, & matrimonia discutiantur, si non donet is, qui potest: ne profusa liberalitate alter pauper fiat, alter dives efficiatur: ut studium omne in liberis procreandis, & educandis impendant, non in locupletanda conjuge, *l. 1. & 2. & 3. in princ. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Hæ omnes causæ deficiunt in donatione jamdiu ante matrimonium facta concubinæ, quin imo si post matrimonium revocare posset donationem rite factam, diffidia inter conjuges orirentur, & mutuo amore se spoliarent.

5 Tertium occurrit exemplum servitutis, de quo late diximus in superiore. Servitus cum individua sit, pro parte constitui, & acquiri non potest *l. pro parte 11. ff. de servit.* tamen si initio recte fuerit

rit conſtituta, & duo hæredes inſtituantur, ſervitutis obligatio non exſtinguitur *l. pen.* §. 1. *ff. de V. O. l.* 2. *ff. de ſervit. leg.* Sed, ut ſupra diximus, hæc proprie, ac vere non eſt exceptio regulæ: cum enim ſinguli hæredes in ſolidum ſervitutem acquirant *l. hæredes ejus* 25. §. *an ea ſtipulatio ff. famil. erciſc.* nihil ſit contra naturam ſervitutis: quia nec ſcinditur in partes, nec pro parte ſingulis hæredibus acquiritur. Quemadmodum igitur ab initio poſſet duobus ſervitus dari, ſingulis in ſolidum, tam legato, quam ſtipulatione *l.* 2. *& ult. ff. de ſervit. leg. ſi unus ex ſociis* 19. *ff. de ſervit. ruſtic. præd.* ita & poteſt via ad duos pervenire, ſi in ſolidum utique debeatur, aut in ſolidum uterque debeat, ut accidit in hæredibus *d. l. hæredes* 25. *& l. viæ* 17. *ff. de ſervit.* Quamobrem idem Paulus, qui in *d. l. penult. ff. de V. O* hanc quaſi exceptionem regulæ poſuit in *l. ſi unus ex ſociis ff. de ſervit. ruſt. præd.* exemplo hæredum utitur ad probandum, quod etiam ab initio ſervitus duobus in ſolidum poteſt acquiri. Comparatur igitur, & ſimilis eſt tranſlatio ſervitutis in hæredes, conſtitutioni ſervitutis pluribus acquirendæ: tantum abeſt, ut pugnent inter ſe.

6 Quartum in *l.* 1. §. *ult. ff. de itin. act. priv. Si quis ſupra dicto tempore anni non vi, non clam, non precario itinere uſus ſit: verum poſtea non ſit uſus, ſed clam precariove: videndum eſt, an ei noceat: & magis eſt, ut nihil ei noceat, quod attinet ad interdictum.* Subdit Paulus, qui noſtræ regulæ parum favebat, in *l.* 2. *nec enim corrumpi, aut mutari, quod recte tranſactum eſt, ſuperveniente delicto poteſt.* Sed ratio eſt, quia cum de uſucapione, ac præſcriptione quæſtio eſt, non ratio obtinendæ poſſeſſionis, ſed origo exquirenda eſt *l. clam poſſidere* 6. *in princ. ff. de acquir. vel amit. poſſeſ.* Itaque bona fides neceſſaria eſt ſolum ab initio *l. unic. verſic. hoc tantummodo C. de uſucap. transfor.* & mala fides ſuperveniens non interrumpit uſucapionem, *l. bonæ fidei* 48. §. *in contrarium ff. de acquir. rer. dom. l. hæres* 43. *ff. de uſucap. l.* 2. §. *ſi defunctus* 19. *ff. pro tempore*. Et hoc eſt, quod ait Paulus in noſtra lege: non corrumpi, aut mutari, quod recte tranſactum eſt, ſuperveniente delicto. Videlicet præſcriptio, quæ recte fuit inchoata & abſoluta, corrumpi aut mutari non poteſt ſuperveniente delicto; hoc eſt, mala fide, & clandeſtina poſſeſſione: *tranſactum*: id eſt: abſolutum, & ad finem perductum. Plaut. *in Amphitrion. Act.* 3. *ſc.* 1. *hanc inchoatam tranſigam comœdiam*: & in *Trucul. in prol. tantiſper dum tranſigimus hanc comœdiam*. & in *Pſeudol. ſc.* 5. *qui vos oblectem hanc fabulam dum tranſigam*. Terent. *act.* 2. *ſc.* 4. *in Adelph. ego jam tranſacta re convertam me domum cum obſonio.* Cic. 2. *de orat. ſed hoc tamen cecidit mihi peropportune, quod tranſactis jam meis partibus ad Antonium audiendum veniſtis*. Et in *orat. pro Quinctio. Ego hæc duo quæro: primum qua ratione Nævius ſuſceptum negotium non tranſegerit: hoc eſt, cur bona, quæ ex edicto poſſidebat, non vendiderit*. Et in *Verr. lib.* 2. *quaſi metueret, ne Petilius privato illo judicio tranſacto, aut dilato eum ceteris in conſilium reverteretur*. Hinc dicimus tranſigere ævum: tranſigere vitam, pueritiam, bella, rixas. Tacit. *de morib. German. crebræ, ut inter vinolentos, rixæ, raro conviciis, ſæpius cæde, & vulneribus tranſiguntur*. Ita & in jure noſtro negotium tranſigere in *l.* 1. §. *conventionis ff. de pact. negotium tranſactum* in *l.* 2. *in princ. ff. ſi quis caution.* & in *l admonendi* 31. *ff. de jurejur.* & in *l. ejus rei* 46. *ff. de rei vind tranſegiſſe enim cum eo, & decidiſſe videtur*.

Hujus verbi ſignificationem pluribus 7
expoſui, quia Paulus ipſum uſurpavit ad rem explicandam accomodatiſſime. *Quod recte tranſactum eſt*: hoc eſt, peractum, expeditum, completum, perfectum, abſolutum. Atque ut id intelligamus, duo ſunt

Digitized by Google

sunt præmonenda. Primum, quod interdictum de itinere, actuque privato non requirit præsentem possessionem, ut interdictum *uti possidetis*, quod non datur nisi ei, qui actu possidet *l.* 1. §. *inter cum seqq. l.* 2. *& passim ff. uti possidetis.* Hoc autem datur etiam ei, qui non possidet, dummodo eo anno a die interdicti retro computando possederit *l.* 1. §. 2. *& seqq. ff. de itin. act. priv.* Alterum, quod sufficit actorem eo anno possedisse saltem triginta diebus *D.* §. 2. *versic. vel modico tempore.* His positis in laudata *l.* 1. §. *ult.* quærebatur, an, si actor eo anno primum possederit triginta diebus, non vi, non clam, non precario ab adversario, quæ possessio legitima est, & justa ad nanciscendum hoc interdictum; *d. l.* 1. *in princ.* postmodum vero coepit possidere clam, aut precario, quæ possessio vitiosa est; id ei noceat, ita ut amittat interdictum: & respondit Ulpianus, nihil ei nocere. Merito, quia etsi post tringinta dies, quibus legitime possedit, amplius non possedisset, tamen daretur ei interdictum *d. l.* 1. §. 2. *versic. neque ad præsens ff. eod.* multo magis igitur ei debet dari interdictum, cum possederit, quia licet ea possessio non sit idonea ad acquirendum interdictum, tamen neque idonea est ad ipsum corrumpendum. Ideo recte subdit Paulus, superveniente delicto neque mutari neque corrumpi recte transactum, hoc est, præscriptionem jam recte completam, atque perfectam: subsequens enim vitiosa possessio non nocet antecedenti possessioni legitimæ, atque completæ *l. sicut* 6. *ff. eod.* si enim superveniens mala fides, quæ vitiosum subsequentem possessionem reddit, non interrumpit usucapionem, ut præmisimus, licet nondum completa fuerit usucapio, & ad eam complendam requiratur continuatio possessionis, quousque tempus expleatur perficiendæ usucapionis; quanto minus subsequens vitiosa possessio corrumpet usucapionem seu præscriptionem jam completam, atque perfectam. In summa Prætor pollicetur interdictum illis, qui eo anno neque vi, neque clam, neque precario ab adversario possederunt: neque quicquam aliud exigit *l.* 1. *in princ. D. de itin. actu. priv.* Atqui hic eo anno possedit neque vi, neque clam, neque precario: ergo ei dandum est interdictum. Et hanc rationem omnino insuperabilem affert Ulpianus in *l.* 1. §. *idem ait* 20. *ff. de aq. quotid. & æstiva.* Ibi: *esse enim verum, hoc anno non vi, non clam, non precario usum.*

Quintum in *l. debitor* 82. *in princ. ff.* 8
*de leg.* 2. in *l.* 5. *in fin. ff. ad. leg. Falc.* in §. *ex contrario* 14. *instit. tit. de legat.* Si creditori debitor leget id, quod ei debet, inutile est legatum, quia nullam utilitatem affert legatario §. *ex contrario inst. tit. de leg. l. si debitor* 11. *& l. legavi* 25. §. *contra D. de liberat. leg.* Verumtamen si debeatur in diem vel sub conditione, & legetur pure, legatum valet propter commodum repræsentationis *d.* §. *ex contrario*, & *l. sin autem* 29. *ff. de leg.* 1. *l. Mævius* 66. *in princ. ff. de leg.* 2. De eo dubitatum fuit apud veteres, an si dies, & conditio extiterit vivente testatore, legatum nihilominus debeatur, an vero extinguatur, quod venerit ad eum casum, a quo incipere non potuisset. Paulus in *l. debitor* 82. *in princ. ff. de leg.* 2. ita distinguit: si dies venit, postquam cessit legati dies, legatum sustinetur, quia dies legati utiliter cessit: tunc enim debitum erat in diem, & legatum erat purum, & ideo legatarius fruebatur commodo repræsentationis. Quod si dies venerit vivo testatore: *dicendum inutile effici legatum, quamquam constiterit ab initio.* Quæ sententia, ac distinctio regulis juris videtur apprime consentanea. Papinianus tamen contra sentit in *l.* 5. *in fin. ff. ad leg. Falcid.* Ibi: *nec si vivo testatore dies venerit, aut conditio fuerit impleta, fiet irritum, quod semel competit.* Justinianus autem Papiniani sententiam confirmavit in §. *ex contrario versic. quod si vivo inst. de legat.*

gat. addita ratione: *non enim placuit sententia existimantium, exstinctum esse legatum, quia in eam causam pervenerit, a qua incipere non potest.* Ex quibus apparet, de hoc non convenisse inter veteres jurisconsultos: qui enim regulæ addicti erant, existimabant legatum esse exstinctum: qui secus, illud sustineri. Quamobrem Paulum a Papiniano dissensisse, nullus dubito: hanc enim regulam quidam repudiabant, quidam libenter admittebant, ut supra luculenter demonstravimus. Papinianus hoc casu eam repudiavit, ut ostendit illis verbis: *quod semel compertit.* Paulus eam approbavit, ut demonstrant illa verba: *inutile effici legatum, quamquam constiterit ab initio.* Cum igitur uterque ad eamdem regulam respexerit, & alter eam hoc casu obtinere dixerit, alter negaverit, Peliam lavant, qui Paulum a Papiniano non dissensisse conantur ostendere. Commodissime omnium rem expediunt, qui verba illa: *inutile effici legatum* explicare satagunt, hoc est, *nullam utilitatem affert*, cæterum legatum valet. Verumtamen neque hoc perfugium tutum est; tum quia, ut dixi, ad nostram regulam id refert Paulus, quæ dictat legatum exstingui, obligationem perimi, legatum non valere: tum quia etiam in primo casu non affert utilitatem; ergo hi duo casus, quos tamquam contrarios Paulus proponit, inter se non discreparent.

9 Enimvero, ut ingenue fatear, quod sentio: probabilior mihi videtur sententia Pauli: nihilominus cum Papiniani decisio a legislatore nostro fuerit confirmata, utique non est ab ea recedendum: & fateri oportet, hoc casu non obtinere regulam nostram, ut diserte statuit idem Justinianus in *d.* §. *ex contrario* 14. *in fin.*
10 *inst. tit. de legat.* Ratio autem hujus decisionis, quantum conjectura assequi possum, ea fuit, quia vitium, quod ex post facto obvenit legato, extrinsecus ei obvenit, nempe ex eventu conditionis aut adventu diei, quæ non legato erant adjecta, sed obligationi, qua obstrictus erat testator. Hoc igitur vitium, cum non sit intrinsecum legato, nec substantiam ejus inficiat, nec impediat, quominus præstari possit id, quod legatum est, neque quod ex eo nasci possit actio, & exerceri, sicut non impedit conditio existens, & dies veniens post legati cessionem, non corrumpit legatum, quod initio recte fuit relictum, cum non obstet legato, quominus effectum habere possit. Et quamvis non valeat legatum, si nullum legatario afferat emolumentum *l. Mævius* 66. *in fine princip ff. de leg.* 2. *l. legavi* 25. *versic. contra D. de liberat. leg.* tamen ex post facto, & ex accidenti fieri potest, ut nullum commodum afferat legatario, ut, cum legatarius rogatus est, restituere rem, vel quantitatem legatam alteri: tenetur enim totum id, quod percepit, restituere *l. Imperator* 70. §. *si centum D. de leg.* 2. *l. ita tamen* 27. §. *hæres ex asse* 16. & *l. scribit* 33. *ff. ad SC. Trebell.* imo aliquando damnum affert *d. l. Imperator* §. *si centum vers. enimvero l. plane* 94. §. *si cui ff. de leg.* 1. *l. sed si non servus* 36. *D. ad leg. Falc.* Præterquam, quod in casu nostro potest etiam commodum afferre, potest enim ejus interesse unam potius, quam alteram actionem intendere posse, ut in *l. si creditoris* 28. *vers. sicut Aristo ff. de leg.* 1. *l. si debitor* 11. *ff. de liber. legat.* Et ut hæc omnia desint, nonnullum tamen commodum est pluribus actionibus experiri posse, & earum electionem habere *l. cum filius* 76. §. *variis ff. de leg.* 2. §. *sic itaque discretis* 14. *inst. tit. de action.* Quod etsi non efficiat, ut ab initio legatum valeat, tamen efficere potest, ut conservetur, & ab initio rite datum non perimatur: sæpe enim conservatur, quod initio non posset subsistere, cum facilius sustineatur id, quod antea recte erat constitutum, quam initio recte constituatur, *l. non tantum* 17. §. *is qui D. de excus. tut. l. patre furioso* 8. *D. de his, qui sunt sui vel al.*

Digitized by Google

*al. jur. l.* 3. §. 1. *juncto* §. *sed etsi* 7. & §. *saltus* 11. *ff. de acquir. vel am. poss. l.* 3. § *ult. juncta l.* 5. *in princ. ff. de acquir. rer. dom.* Maximam autem, atque optimam rationem habuit Justinianus confirmandi opinionem Papiniani, cum omnibus legatariis, & fideicommissariis præter actionem personalem dederit etiam hypothecariam *l.* 1. *versic. cum enim l.* 2. *versic. cum enim l.* 2. *versic. & sit omnibus C. commun. de legat.* quod maximam afferet legatario utilitatem, si erat creditor tantum chirographarius. Hæc enim legata sunt quidem utilia, quoad nanciscendam actionem ex testamento, & hypothecariam, non tamen ita, ut ex iis detrahi possit Falcidia *l. si creditori* 28. *in fin. D. de leg.* 1. aut fideicommissum relinqui *l. si mulier,* 3. §. *si rem, D. de leg.* 3. Quare commodum, quod percipit legatarius, neque Falcidia, neque fideicommisso ei detrahi potest.

11 Textum nonnulli petunt ex *l. a filio* 25. *D. de leg.* 1. *a filio hærede etiam pure patri legari potest; nec interest, an die cedente legati in patris potestate sit. Et si jussu patris adita sit hæreditas, imputabitur ei in Falcidiam.* Nodum scirpo quærunt, qui hoc regulæ nostræ opponunt: neque enim contra, sed pro ea facit. Legatum enim hujusmodi, cum venit in eum casum, a quo incipere non potest, exstinguitur. In eum autem casum venit, cum patri acquiritur hæreditas per filium. Tunc enim, cum id obtineat jure hæreditario, non potest obtinere jure legati. Titulus enim universalis hæreditatis absorbet titulum particularem legati: & ideo hæredi a semetipso legari non potest *l. & quidem* 18. *l. legatum* 116. §. 1. *D. de leg.* 1. Igitur cum filius jussu patris adit hæreditatem, legatum evanescit §. *ex diverso in fin.* 32. *instit. tit. de legat.* & non debetur, ut de legato in persona servi respondit Mæcianus in *l. si a servo* 20. *ff. ad leg. Falc.* Et hoc significant illa verba *imputabitur ei in Falcidiam*: hoc est, si quartam detrahens hoc legatum retinuerit, hoc in quartam imputabitur. Porro ad jurgandum sunt propensiores, qui duas hasce leges inter se committunt. Concordant enim, non pugnant inter se: & utraque idem prorsus continetur. Etenim Paulus ait in *d. l. a filio* 25. *ff. de leg.* 1 *imputabitur ei in Falcidiam*: contra Scævola ex Mæciano in *d. l. si a servo ff. de leg. Falc.* negat *id legatum in Falcidia computari.* Ita profecto. Sed non sunt hæc contraria, quia aliud est, in Falcidia computari: aliud imputari in Falcidiam. In Falcidia computari dicitur legatum, cum adnumeratur legatis, ex quibus Falcidia detrahitur: cum connumeratur inter legata in computatione quartæ. Id proprie significat verbum, *computare.* Optime ad rem nostram Quintilianus *instit. orat. lib.* 11. *cap.* 3. *ut est autem necessaria verborum explanatio, ita omnes computare, & velut adnumerare litteras, molestum, & odiosum.* Senec. *de benef. lib.* 3. *cap.* 16. *illustres quædam ac nobiles feminæ non consulum numero, sed maritorum annos computant.* Id igitur voluit Mæcianus, non habendam esse rationem hujus legati in deducenda quarta: quod explicat subsequentibus verbis: *quia non debeatur.* Ergo nulla ratio ejus haberi potest, perinde ac si legatum non fuisset. Tacit. *lib.* 1. *histor. Senium Galbæ, & juventam Othonis computantium persuaserat fore, ut in imperium ascisceretur.* Nempe in facienda conjectura de imperio, rationem habebant juventæ Othonis, & senii Galbæ. In *l. in lege* 45. *ff. ad leg. Falc. In lege Falcidia non habetur pro puro, quod in diem relictum est: medii enim temporis commodum computatur.* Hoc est, ratio habetur hujus commodi, & in detrahendo quadrante hoc etiam connumerandum, & computandum. Id ipsum passim occurrit.

Imputari autem in Falcidiam dicitur, 12 quod hæredi assignatur, ac tribuitur ratione Falcidiæ, ut eam expleat, & quadrantem hæredi debitum conficiat, & compleat. In *l. id autem* 76. *in princ. ff. ad*

*ff. ad leg. Falc.* Id autem, *quod conditionis implendæ causa a legatario, vel a cohærede, vel a statu libero datur, in Falcid a non imputatur, quia mortis causa capitur.* In *l. quod autem* 74. *in fin. ff. eod. quod quis legatorum nomine a cohærede accepit, in quadrantem ei non imputatur*; & passim hoc verbum ita usurpatur in hoc titulo. Non ignoro tamen, aliquando confundi hæc verba: *imputari, & computari*: sed si proprie accipiantur, significant id quod diximus. Senec. *epist.* 8. *hoc non imputo in solutum de tuo tibi.* Plin. in *Panegyr. Gessisti alterum consulatum: scio, illum exercitibus, illum provinciis, illum etiam cæteris gentibus poteris imputare: non potes nobis.* Tacit. *lib.* 2. *Histor. contra illi initium belli nemo imputabat*; & *lib.* 3. *casum Cremonæ bello imputandum*; & *lib.* 4. *cujus ambiguam fortunam Vespasiano imputaturos*; & in *vit. Agric. prospera omnes sibi vindicant, adversa uni imputantur* & deinceps: *nunquam exercitui imputari potuisse aut moras belli, aut causas rebellandi.*

13 Illud ultimo loco est animadvertendum, quod hoc casu legatum evanescit post diem legati cedentem; & ratio est, quia cum cedit legati dies, nondum existit casus, a quo incipere non poterat: quia cum possit evenire, ut filius emancipetur, aut servus manumittatur, legatum interim sustinetur; quoniam his casibus patri, & domino acquireretur, qui hæredes non essent. Tunc igitur evanescit, cum patri per filium, aut domino per servum hæreditas acquiritur, quia acquisita hæreditate non possunt amplius legatum consequi *d. l. a filio ff. de leg.* 1. & *d. l. si a servo* 20. *ff. ad leg. Faleid.* Hoc autem videtur singulare, quia solet spectari dies cedentis legati: idque etiam, cum quæritur de validitate legati *l. cum filius* 76. §. *servus ff. de leg.* 2. *l. ult. in fin. ff. commun. præd.*

14 Superest explicandum rescriptum Imperatoris Alexandri in *l.* 3. *C. de interd. matrim.* Senatusconsulto cautum erat, ne tutor, aut curator, aut eorum filii ducerent uxorem pupillam suam, aut patris sui, antequam tutelæ, vel curæ rationem reddiderent, & præterirent tempora restitutionis in integrum *l. non est matrimonium* 66. *ff. de ritu nupt. l. qui pupillam* 7. *ff. ad l. Jul. de adulter. l.* 1. *C. de interd. matrim.* Quidam duxit uxorem, post liberos ex ea susceptos, pater ejus curator datus est uxori, hoc est, nurui suæ: si ab initio curator fuisset, cum filius eam duxit uxorem, legitimum non fuisset matrimonium: ergo neque modo esse debet, quia venit in eum casum, a quo incipere non poterat. Contrarium tamen respondit Alexander in *d. l.* 3. & liberos jam natos esse legitimos, & matrimonium irritum non fieri. Ratio autem duplex est. Prima, quia matrimonium rite contractum ex post facto subverti non debet, quæ ratio redditur in ipsa lege illis verbis: *cum rite contractum matrimonium ex post facto vitiare non potuerint*: & in aliis etiam casibus responsum est, ut in *l. si qua mihi* 12. *in princ. ff. de ritu nupt. l. penult. C. de nupt.* Est enim firmissimus contractus matrimonii. Altera ratio est, quia cum actus antecedens rite gestus redigitur ad casum, a quo incipere non poterat per aliquem actum subsequentem, potius infirmandus est actus subsequens, quam primus, qui jam erat in statu validitatis, & impedimento est, quominus subsequens possit valere, quod indicat Imperator in *d. l.* 3. consulens, ut in locum patris alius curator substituatur, & clarius decernitur in *l. amplissimi C. de excusat. tut. l. penult.* §. *videamus ff. de ritu nup.*

---

## CAPUT XXVI.

*Ad eamd. l.*

### SUMMARIUM.

I *Lex aliquando non declarat irritum, quod fieri vetat.*

*II Em-*

Digitized by Google

II *Emptio perfecta aliquando resolvitur, si res pereat, aliquando non resolvitur.*
III *Idem est in testamento.*
IV *Et in legatis.*
V *Regula non pertinet ad actus imperfectos & inutiles.*
VI *Neque ad conditionales.*
VII *Nec ad eos, qui suum effectum consecuti sunt.*
VIII *Mala fides superveniens non interrumpit usucapionem.*
IX *Regula non pertinet, quoque ad eos actus, in quibus etiam rite perfectis requiratur aliquid, quod ad eorum substantiam & solemnitatem pertinet.*
X *Actus perit, si eo perductus est, ut completum finem sortiri nequeat. Exempla. & n.* XI. XIV. XV. XVI. XVII.
XII *Venditor habet actionem contra emptorem ad petendum pretium, perempta re vendita sine ejus culpa.*
XIII *Nec tamen ideo venditio durat.*
XVIII *Si persona, quæ actum gessit, fiat incapax, actus corruit. Exempla. & n. XIX. XX.*
XXI *Idem quoque est, si persona acquirere debentis fiat incapax acquirendi. Exempla. & n.* XXII.
XXIII *Dispositio recte facta si vitium, in quod dilabitur, ab initio eam inutilem reddidisset, corruit, etiamsi, qui acquirere debet, capax sit.*
XXIV *Actus non retractatur, si post exitum, & executionem habere. Exempla. & n. XXV.*
XXVI *Exponitur l. pluribus* 140. §. 1. *ff. de verb. obl.*
XXVII *Legatum corruit, cum idem est hæres ac legatarius.*

1 ETsi expositis regulæ exceptionibus, & explicatis luculenter exemplis, adjecta etiam ratione, cur in illis a proposita regula recedendum esset, omnis controversia sublata esse videatur; tamen ea, quæ singillatim diximus, in genera sunt digerenda, ut quisque in promptu habeat certam normam præscriptionemque, ad quam proposito quocumque facto judicium suum dirigere possit. Primum autem illud statuendum est, non esse contrarias duas hasce regulas: *quæ initio recte constiterunt, resolvuntur, si pervenerint ad eum casum, a quo incipere non poterant:* & *multa facta tenent, quæ fieri prohibentur.* Etenim hæc secunda regula non pertinet ad ea, quæ initio recte gesta fuerunt, sed ad ea, quæ lege prohibente gesta fuerunt; atque adeo nec ab initio, nec postea deberent sustineri. Verum quia aliquando lex non declarat irritum, quod fieri vetat, & ex quadam honestate, & æquitate aliquid prohibet, id tolerat, si gestum fuerit: & aliqua alia ratione succurrit illis, qui ex ea re damnum passuri essent. Exempla nobis suppeditantur in *l.* 1. §. *biduum* 5. *ff. quan. appell. sit.* in *l. quid ergo* 13. §. *pæna ff. de his, qui not. infam.* in *l.* 1. *ff. de feriis* in *l. relegatorum* 7. §. *ad tempus ff. de interd. & releg.* in *l. moris* 9. §. *ista* 11. *ff. de pæn.*

His prælibatis, quantum ad regulam 2
nostram attinet, communiter ita distinguere solent. Aut actus perfectus est, & ex postfacto non retractatur: aut est imperfectus, & resolvitur si in eum casum venerit, a quo incipere non poterat. Huic regulæ acquiescere non possum, tum quia non satis distincte atque explicate declarat id, quod quæritur: tum quia fallax est, & sæpenumero falsa. Etenim quando actus sit perfectus, aut imperfectus, non explicant. Quidam ajunt perfectum esse, quando est in esse deductus. Si hoc modo accipiatur, plerumque falsa est. Alii addunt, perfectum & consummatum. Sed quando sit consummatus, non docent. Porro actus consummatus est, quando perfectus est, & absolutus: nam consummare significat perficere, absolvere. Sed quocumque modo hanc distinctionem accipias, sæpe falsa est. Exemplis id explico. Emptio, & venditio perfecta est, simul ac de re, & pretio convenit *l.* 1. *in fin. l. in venditionibus* 9. *in princ. ff. de cont. empt. l.* 2. *in princ.* & *l. in quibuscumque* 48. *ff. de obl. & act. l.* 2. *C. de contrah. empt.* Expendamus igitur, subsistat ne, an resolvatur, si in eum casum inciderit, a quo incipere non poterat. Si res vendita pereat sine culpa venditoris, utique existit casus, a quo incipere non posset. Sine re enim, quæ in obligationem deducatur, obligatio contrahi non potest. Atqui, re perempta, aut

aut eo redacta, ut amplius præstari non possit, aliquando nihilominus emptio subsistit: aliquando resolvitur. Si res pereat sine culpa venditoris, non resolvitur venditio, cum venditor, etiamsi rem præstare non possit emptori, tamen pretium ab emptore possit exigere, nec restituere teneatur, si jam exegit, §. *cum autem* 3. *instit. de contrah. empt. l. cum emptor* 5. §. *ult. D. de rescind. vend. l. ult. ff. de condict. cau. dat. cau. non seq. l. venditor* 22. *D. de hæred. vel act. vend. l. ult. C. de peric. & comm. rei vend.* Contra, si fundus publicatus fuit, emptio evanescit, & extinguitur. Emptor enim non tenetur ad dandum pretium; &, si dederit, repetere potest, *l. fundus* 33. *ff. locat.* Idem si res sacra, aut religiosa fiat, aut servus venditus liber fiat *l. inter stipulantem* 83. §. *sacram ff. de V. O.* Quibus positis ita concludere licet. Aut emptio, secundum propositam distinctionem, perfecta, & consummata intelligi debet, aut non: si primum, semper fieri debet irrita: si secundum, nunquam debet infirmari. At hoc est falsum, quia aliquando infirmatur, aliquando sustinetur: ergo fallax est distinctio, quam nobis obtrudunt.

3 Haud aliter usu venit in testamento. Si testamentum rite perfectum fuerit, licet postea testator furore corripiatur, tamen non infirmatur, quamvis, si furore grassante testamentum condidisset, testamentum inutile fuisset, §. 1. *instit. tit. quib. non est permiss. fac. testam. l. ult. ff. de injust. rupt. l.* 1. §. *si quis autem* 9. *ff. de bon. poss. sec. tab.* Contra si testator capite minuatur, fit irritum testamentum §. *alio autem modo, instit. tit. quib. mod. testam. infirm.* Nam sive testator pœnæ servus efficiatur, sive deportetur, testamentum antea factum fit irritum, quia incidit in eum casum, a quo incipere non poterat *l. si quis* 6. §. *irritum cum seqq. ff. de injust. rupt. irrit. fact. test.* Hic recurrit idem argumentum. Quæro enim, an hujusmodi testamentum pro perfecto accipere debeamus, ea perfectione, quam superior distinctio requirit, an non. Si affirmaverint esse perfectum, illud etiam affirment necesse est, ipsum non infirmari per capitis diminutionem, quod falsum est. Si negaverint; illud quoque negare cogentur, ipsum non infirmari supervenienie furore: quod non minus falsum est.

Perpendamus modo, quid juris sit in legatis. Sane in illis idem est constitutum. Si quis pure legaverit, quod sub conditione, vel in diem debebat: sive eo vivo, sive post ejus mortem conditio extiterit, vel dies venerit, legatum valet, *l.* 5. *in fin. ff. ad leg. Falc.* §. *ex contrario instit. tit. de legat.* Et hoc quia in legato non obtinet nostra regula, ut diserte explicat legislator noster in *d.* §. *in fin. non enim placuit sententia existimantium exstinctum esse legatum, quia in eam causam pervenerit, a qua incipere non potest.* Contra in *l.* 3. §. *ult. ff. de his, quæ pro non script. hab.* Si servo alieno quid legatum fuerit, & postea a testatore redemptus sit, legatum extinguitur: & affertur ratio superiori contraria: *nam quæ in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur.* Utrobique agitur de legato ab initio valido atque perfecto: utrobique agitur de tempore antecedente mortem testatoris; & tamen primo casu repudiatur regula supra exposita: secundo admittitur: primum legatum valet, secundum est inutile. Quæ ista distinctio? quæ vera, quæ falsa habet; quæ a veris falsa non separat atque secernit. 4

Equidem fateor in re maxime controversa, & inter veteres etiam jurisconsultos plena dissensionis, difficillimum esse vera a falsis dijudicare, & secernenda distinguere. Conabimur tamen, & an ex voto nobis successerit, alii judicabunt. Duo autem præmonenda esse arbitramur, ut distinctius cuncta digeramus. Primum, quod hæc regula non pertinet ad actus 5

im.

imperfectos, & inutiles, sed ad perfectos, & rite, recteque celebratos. Alterum, quod pariter non pertinet ad actus, qui jam expletum finem, atque exitum habuerunt.

6 . Primum igitur hæc regula refertur solum ad actus perfectos, eosque tantummodo complectitur. Ait enim: *quæ ab initio recte constituta sunt*. Merito: quia id quod perfectum non est, quod est inutile, quod non valet, infirmari non potest, aut rumpi, & revocari, nec potest desinere, quod non coepit *l. 5. vers. post defectum ff. de injust. rupt. l. decem 116. versic. & solvente ff. de V.O. l. Titio usufructus 96. in princ. versic. desisse ff. de cond. & dem. l. Sempronius Attalus 26. versic. & ideo capitis ff. de usufr. leg.* Quocirca nec pertinet quidem ad actus conditionales, licet omnia rite gesta fuerint, adeo ut actus subsistat, ac perfectus sit; quia tamen in suspenso est, quamdiu conditio pendet, & nata non est obligatio, huic regulæ non subjacet. Finge, rem alienam stipulor sub conditione: postea mea fit, non exstinguitur stipulatio, licet inciderit in eum casum, a quo incipere non poterat, *l. si rem meam 31. ff. de V.O.* & si pendente conditione rursus fiat aliena, valebit stipulatio, & nascetur obligatio, perinde ac si nunquam mea facta fuisset, *l. existimo 98. in princ. ff. de V. O. l. quoties 34. in fin. princip. ff. de usufr.* Rursus finge: Stipulor viam ad fundum alienum: si stipulor pure, inutilis est stipulatio, quia fundo alieno servitus acquiri non potest, *l. si unus 19. ff. de servit. rust. præd. l. proprium 5. in fin.* & *l. si quis duas 6. ff. commun. præd.* Quamobrem si stipulor pure viam ad fundum meum, licet ab initio valeat stipulatio, tamen statim exstinguitur, si fundus fiat alienus, quia incidit in eum casum, a quo incipere non poterat *l. si sub una 136. §. ult. ff. de V. O.* Quod si eam stipulor sub conditione, stipulatione non exstinguitur, etsi fundum ante conditionis eventum alienavero: si enim conditione existente meus iterum fit, servitus mihi debebitur. Contractus enim conditionalis perficitur eventu conditionis, & tunc parit obligationem *l. cedere diem D. de V. S.* Multo minus igitur hæc regula pertinebit ad eos actus, qui neque ab initio perfecti sunt, neque perfici possunt in posterum, deficiente fortasse vel consensu, vel aliqua alia solemnitate ad actum perficiendum necessaria.

Non pertinet pariter hæc regula ad 7
eos actus, qui jam consecuti sunt exitum ac finem, ad quem fuerunt instituti. Optime probant id duæ leges, quæ videntur omnino contrariæ, sed non sunt, quia in prima agitur de eo, qui servitutem stipulatus erat; in altera de eo, qui servitutem jam acquisiverat: hoc est in altera de actu quidem perfecto per stipulationem rite contractam: in altera de actu, qui jam executionem, & consummationem sortitus erat. In *l. pro parte 11. D. de servit. Si quis fundum habens viam stipulatur, & partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit.* Contra in *l. pluribus 140. in fin. ff. de V. O. Per partem dominorum servitus acquiri non potest, acquisita tamen conservatur, & per partem domini: hoc evenit, si pars prædii servientis, vel cui servitur, alterius domini esse cœperit.* Ibi agitur de servitute debita, sed acquirenda, nondum tamen acquisita: hic de servitute jam acquisita. Ibi obtinet regula, hic secus. Et hoc est, quod Paulus indicat in *l. si sub una 136. §. ult. D. de V. O.* illis verbis: *ante constitutam servitutem alienaverit.* Eadem ratione non amittitur interdictum in *l. 1. in fin. D. de itin. act. priv.* quia jam completa erat præscriptio, & transactum negotium, ut ait Paulus in *l. 2. D. eod.* & nos supra late exposuimus. Res enim, quæ jam effecta est, infecta fieri non potest *l. in bello §. facti D. de capt. & post-*

*postlim. reversi.* Non nego tamen, quod quis, si res, quam consecutus est vel ex contractu, vel ex ultima voluntate, pereat, vel publica, sacra, religiosa fiat, vel servus libertatem consequatur, rem amittat: sed non amittit, quia contractus, aut ultima voluntas evanuerit; cum enim jam exstincta sit omnis obligatio per ejus executionem, non potest evanescere, & corrumpi, quod amplius non est: sed ideo rem amittit, quia res, quam possidet, in rerum natura, aut in commercio esse desinit: ac propterea in dominio, & in bonis ejus esse amplius non potest §. *nullius inst. tit. de rer. divis. cum* §§. *antecedentibus* §. 2. *instit. tit. de rer. divis. l. sed Celsus.* 6. *in princ. ff. de contr. empt. l. inter stipulantem* 83. §. *sacram ff. de V. O.*

8 Ex his colligi potest, cur mala fides superveniens post coeptam usucapionem, ipsam non interrumpat. *l. bonæ fidei* §. *in contrarium ff. de acquir. rer. dom. l. heres* 43. *ff. de usucap. l.* 2. §. *si defunctus* 19. *ff. pro emptor.* quæ si fuisset ab initio, usucapio inchoari non potuisset *l. justo* 44. §. *etsi possessionis ff. de usucap. l.* 2. *in princ. ff. pro emptor.* quia cum principium vitiosum est, inchoari non potest *l. si is qui* 15. §. *penult. ff. de usucap.* Etenim usucapio ad regulam nostram non pertinet: quoniam, antequam elabatur tempus possessionis a lege præscriptum, inchoata est, non perfecta: post lapsum autem temporis completa est, & finem, & consummationem sortita est, nempe translationem dominii, ad quod consequendum a lege fuit introducta.

9 Exclusis a regula his actibus, supersunt solum illi, qui & initio rite perfecti fuerunt, & nondum finem, & executionem habuerunt. Ex horum numero rursus eximendi sunt illi, in quibus, postquam rite perfecti fuerunt, deficit aliquid, quod ad eorum substantiam, & solemnitatem pertinebat, veluti consensus actum gerentis, aut ejus, qui ipsum habet in potestate: verba in stipulatione: litteræ in obligatione syngraphæ. Cum enim hæc solummodo requirantur ad gerendum actum; postquam actus illis intervenientibus rite gestus est, atque perfectus, ea amplius non requiruntur. Itaque si post perfectum actum, is, qui gessit, in furorem incidat, actus non corrumpitur, ut in superiori exposuimus in prima exceptione. Idem dicendum, etsi consensum jam præstitum retractaverit: nam quæ ab initio sunt voluntatis, ex post-facto sunt necessitatis. Nascitur enim obligatio, quæ nos vel invitos adstringit ad dandum vel faciendum *l. obligationum substantia* 3. *in princ. ff. de obl. & act.* Et licet ultimæ voluntates usque ad extremum vitæ spiritum revocari possint, tamen solo dissensu non revocantur, sed modis a jure præscriptis, §. *ex eo autem solo instit. tit. quib. mod. testam. infirment.* Quod de amissione consensus, seu de furore diximus, dicendum est de verbis, ac litteris; nam si stipulator obmutescat, aut syngraphæ scriptor usum & facultatem scribendi amittat; non propterea corrumpitur stipulatio, & syngrapha. Quod autem de consensu diximus, intelligendum est de consensu præstito in ipso actu, non de consensu actum antecedente, qui retractari potest, cujus rei exempla attulimus in superiore.

10 His exceptis dicendum est, quando in cæteris obtineat nostra regula, quando repudietur. Qua de re sic statuendum arbitror. Si casus, in quem perducta res est, impediat quominus actus rite gestus possit proprium, & expletum finem sortiri, & executioni mandari, actus corrumpitur, & perit: sin aliter, durat. Evenire autem solet, ut actus finem, atque exitum sortiri non possit, quoties aut rem, quæ in obligationem deducta est, consequi non potest is, qui eam acquirere, & consequi deberet, quia amplius ea præstari non potest: aut quoties persona fit incapax vel eam præstandi, vel eam acquirendi. His duabus de causis exstinguitur obligatio jam contracta, quia impossibilium nul-

la

ta est obligatio *l. impossibilium ff. de reg. jur.* & quia corrumpitur substantia obligationis, quæ in eo consistit, ut nos adstringat ad dandum, vel faciendum *l. obligationum substantia* 3. *ff. de oblig. & act.*

11 Quoad rem in obligationem deductam, hæc occurrunt exempla, quæ breviter attingam, quia supra uberrime sunt explicata. Primum in re, quæ post contractam obligationem eximitur commercio hominum, aut in rerum natura esse desinit sine culpa debitoris, quæ cum amplius solvi non possint, corrumpunt obligationem, de quibus agitur in §. 2. *versic. item contra instit. de inutil. stipul.*

12 Sed, quoad rem peremptam obstat auctoritas legislatoris nostri Justiniani in §. *cum autem* 3. *instit. tit. de empt. & vendit.* ubi re vendita sine culpa venditoris perempta venditor habet actionem adversus emptorem ad petendum pretium: quod confirmatur auctoritate Imperatorum in *l. ult. C. de peric. & comm. rei vend.* & Jurisconsultorum in *l. cum emptor* 5. §. *ult. ff. de rescin. vend.* in *l. ult. ff. de condict. caus. dat.* in *l. venditor* 21. *ff. de hered. vel act. vend.* ergo etiam post interitum rei subsistit emptio, cum duret actio, quæ ex ea nascitur.

13 Respondetur, quod ex eo, quod detur actio, non potest deduci, emptionem durare. Optime ad rem nostram Modestinus in *l. qui officii* 62. §. 1. *ff. de contr. empt. Qui nesciens loca sacra vel religiosa, vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur.* §. *loca instit. tit. de empt.* Quod rem nostram attinet, animadvertendum est, ex hoc contractu duas nasci obligationes inter se distinctas: altera obstringitur venditor ad tradendam rem venditam *l. ex empto* 11. §. 2. *l. servus* 30. §. *ult. ff. de act. empt. l. si ita distrahatur* 25. §. 1. *ff. de contrah. empt.* altera obstringitur emptor ad dandum pretium *d. l. ex empto* §. 2. *l.* 1. *in princ. versic. emptor enim ff. de permut.* Perempta igitur re vendita, perit etiam obligatio ejus tradendæ, qua venditor obstringebatur, quia res amplius præstari non potest: non perit autem obligatio, qua obstringitur emptor ad dandum pretium, quia pretium semper præstari potest, cum neque perierit, neque perire possit; genus enim nunquam perit. Interitu rei debitæ debitor liberatur ab obligatione, quia rem debitam solvere non potest, cum non sit amplius in rerum natura, *l. si ex legati* 23. *ff. de V. O. l. quod te ff. de reb. cred.* Sed tollitur solum obligatio ejus rei, quæ præstari non potest *l. Stichum* 98. *in princ. ff. de solut.* Ex quibus efficitur, quod perempta re vendita tollitur solummodo venditoris obligatio, quia ea sola devenit in eum casum, a quo incipere non potuisset; non tollitur obligatio emptoris, quia ad eumdem casum non pervenit, cum pretium non perierit, & præstari possit. Fateor tamen, hoc casu quodammodo lædi, & vulnerari regulam nostram: nam, si initio res vendita non fuisset in rerum natura, tota emptio fuisset irrita, & nullus totus contractus, quia sine merce, quæ vendatur, nulla potest emptio contrahi *l. nec emptio* 8. *in princ ff. de contrah. emptione.* Sed cum placuerit post perfectam emptionem periculum ad emptorem pertinere, §. *cum autem instit. tit. de empt. & vendit. l. id quod post* 7. *l. necessario* 8. *l. si vendita* 11. *ff. de peric. & com. rei vend. l. quod sæpe* 35. §. *si res D. de contr. empt. l. sicut* 12. *l. fructus* 13. *l. pen. C. de act. empt.* consequens est, ut per interitum rei venditæ sola venditoris obligatio perimatur *d.* §. *cum autem.* Quod tamen non fuit receptum, si res vendita, publicata fuerit *l. si fundus* 33. *D. locat.* vel si sacra aut religiosa facta fuerit *l. inter stipulantem* §. *sacram D. de V. O.* tunc enim totus contractus resolvitur.

Secundum exemplum est in re illa, quæ 14
cum esset aliena tempore stipulationis, postmodum antequam mihi traderetur, mea



Digitized by Google

facta est: corrumpitur enim stipulatio, quæ devenit in eum casum, a quo incipere non potuisset §. 2. *instit. tit. de inut. stipul.* ab initio enim fuisset inutilis stipulatio, si rem meam mihi dari stipulatus fuissem *l. nemo rem* 82. *D. de V. O.* quia res mea amplius mea fieri non potest, §. *sic itaque discretis inst. tit. de action. l. non ut ex pluribus* 159. *D. de R. J.* Itaque cum post contractam obligationem res mea fit, impossibilis est obligationis executio, & ideo statim concidit stipulatio, quæ non reviviscit, si iterum postea fiat aliena *d.* §. 2. *vers. item contra*; quia obligatio semel exstincta, amplius non revocatur *l. qui res* 98. §. *aream D. de solut. l. Mevius* 66. §. 1. *D. de leg.* 2.

15 Tertium est in usufructu legato, quod legatum exstinguitur legatario acquirente proprietatem *l. si tibi* 17. *D. quib. mod. ususfructus amittatur.* Quod & in stipulatione obtinet, quia impossibilis est ejus præstatio, cum res sua nemini serviat *l. uti frui* 5. *in princ. D. si ususfr. pet. l. in re communi* 26. *D. de servit. urb. pred.* Notandum autem est, quod ususfructus exstingueretur, etiamsi jam traditus esset, & legatario acquisitus: non tamen exstingueretur propter superiorem regulam, quam exponimus. Nam legatum, ejusque obligatio jam sublata esset per solutionem *princ. tit. instit. quib. mod. toll. oblig. l. in omnibus* 43. *cum seq. l. Stichum* 95. §. *naturalis D. de solut.* adeoque amplius tolli non posset per consolidationem.

16 Quartum in servitutibus prædiorum, quæ, si nondum fuerint constitutæ, non possunt pro parte acquiri *l. pro parte* 11. *D. de servitut. l. si sub una* 136. §. 1. *D. de V. O.* Si autem fuerint jam constitutæ, etiam pro parte conservantur *l. pluribus* 140. *D. eod.*

17 Quintum exemplum habetur in *l. huic scripturæ* 15. *cum seq. D. ad leg. Aquil.* de quo fuse, lateque diximus in superioribus.

Venimus ad personas: & primum de 18 persona ejus, qui actum gessit, disseramus. Si persona, quæ actum gessit, fiat incapax, ut si testamentum quis fecerit, & tempore mortis non sit amplius capax testandi, non habeat testamenti factionem, fit irritum testamentum, quod initio rite fecit. Etenim in testamentis duo tempora inspiciuntur, facti testamenti, & mortis testatoris §. *in extraneis* 4. *instit. de hæred. qual. & differ. l. un.* §. 1. *C. de caduc. toll.* Cum enim mortis tempore deferenda sit hæreditas, & reliqua, quæ in testamento relicta sunt, non potest efficere, ut ea deferantur, qui testari non potest, & de rebus suis post mortem disponere. Accidit autem hoc interveniente aliqua capitis diminutione, sive maxima, sive media, sive minima, §. *alio autem modo instit. tit. quib. mod. testam. infirm.* Itaque si quis ad pretium participandum se venundari patiatur, si poenæ servus efficiatur, testamentum ab eo conditum fit irritum *l. si quis filio* 6. §. *irritum cum seq. D. de injust. rupt.* Item, si quis deportetur *d. l. si quis* §. *ejus qui.* Minima quoque capitis diminutione testamentum fit irritum, cum homo sui juris se dat in arrogationem *l. qui ex liberis* 11. §. *testamento D. de bonor. possess. secund. tab. l. conficiuntur* 8. §. *si post factum D. de jure codic.* quia transit in potestatem arrogatoris cum omnibus suis bonis, atque adeo de illis amplius disponere non potest *d. l. qui ex liberis* §. 2. Horum omnium testamenta fiunt irrita, quia amittunt jus, & facultatem disponendi. Adoptione non fit irritum testamentum, nec emancipatione, quia his modis facultas disponendi non amittitur, quia filiusfam. non nisi de castrensi aut quasi castrensi peculio disponere potest, in quibus pro patrefamilias habetur *l.* 2. *D. de S. C. Maced.* quam retinet etiam adoptatus aut emancipatus *d. l. si quis* §. *ult. D. de inj. rup.* Animadvertendum tamen est, quod etsi quis universum patrimonium amiserit, tamen ejus testamentum non fit irritum,

quia

quia difficultas præſtationis non liberat debitorem, qui tenetur, etiamſi rem debitam perdiderit, nec inveniatur, ubi ſit l. *continuus* 137. §. *illud* 4. *D. de V. O.*

19 Alterum exemplum eſt in fidejuſſore, qui hæres exſtitit reo principali: exſtinguitur enim obligatio fidejuſſoria *l. ſi duo* 93. § *ſed etſi reus* & *l. Stichum* 95. §. *quod vulgo D. de ſolut.* quia nemo poteſt eſſe fidejuſſor ſui ipſius *l. hæres* 41. §. *ſervo D. de fidejuſ.* Idemque eſt, ſi debitor, aut fidejuſſor ſuccedat creditori *l. Granius verſic. ſed & acceſſiones D. de fidejuſ.* eadem ratione, qua nemo ſui ipſius creditor eſſe poteſt *d. l. ſi duo* §. *ult.* & *d. l. Granius*, ſicut enim ab initio contrahi non potuiſſet obligatio, ita nunc exſtinguitur, cum exſtiterit ille caſus, a quo incipere non potuiſſet.

20 His eſt affine, quod traditur ab Imperatore in §. *ſi res aliena* 6. *inſtit. tit. de legat.* quod ſi in duorum teſtamentis eadem res eidem legata fuerit, & ex uno rem ipſam fuerit conſecutus, alterum legatum exſtinguitur, ſicut initio non valeret, ſi res ſua cuiquam legaretur §. *ſed ſi rem* 10. *inſt. tit. de legat.* Conſtanter enim traditum eſt, duas cauſas lucrativas in eumdem hominem eamdemque rem concurrere non poſſe *d.* §. *ſi res aliena verſic. nam traditum l. omnes debitores* 17. *ff. de oblig. & action. l. in perpetuum* 61. *ff. de ſolut. l. ſi ſervus legatus* 108. §. *Stichum ff. de leg.* 1. *l. Mævius* 66. §. 1. *de leg.* 2. *l. nutu* 21. §. 1. *ff. de leg.* 3.

21 Alterum eſt in *l. tutelas* 7. *ff. de cap. min.* quam ſupra expoſuimus.

De perſona acquirentis idem jus eſt. Si ea fiat incapax acquirendi, extinguitur obligatio. Duo exempla proponuntur in *l.* 3. *ff. de his, quæ pro non ſcript. habent.* Primum in §. *ejus legis*, & in *l. ſi quis mihi bona* 25. §. *ſi quis plane ff. de acquir. vel om. hæred.* Si heres inſtitutus, aut legatarius poſt teſtamentum factum in metallum datus ſit, aut alio modo poenæ ſervus factus, exſtinguitur initiatio, & legatum, quia poenæ ſervus eſt, non Cæſaris: nec ad fiſcum pertinet. Sicut inutile eſſet legatum, ſi initio relictum fuiſſet in metallum damnato extra cauſam alimentorum *d. l.* 3. *in princ.*

22 Alterum proponitur in §. *ult.* cum legatum fuit ſervo, qui poſtea a teſtatore redemptus fuit, legatum exſtinguitur: ſubdit rationem JC. Nam quæ in eam cauſam perveneront, a qua incipere non poterant, pro non ſcriptis habentur.

23 Porro aliquando corrumpitur diſpoſitio ab initio rite facta, etiamſi ille, in quem collata eſt, ſit capax acquirendi, propter vitium, in quod ipſa ex poſt facto delabitur, quo ſi fuiſſet initio affecta, fuiſſet inutilis. Evenit hoc in teſtamento, quod rumpitur agnatione ſui hæredis *l.* 1. *ff. de injuſt. rupt.* §. 1. *inſtit. tit. quib. mod. teſtam. infirm.* Atque id primum accidit nativitate poſthumi, qui fuit in teſtamento præteritus, *l.* 1. & 3. *C. de poſt hæred. inſt.* §. 1. *inſt. tit. de exhæred. liber.* Secundo quaſi agnatione ejus, qui cum tempore facti teſtamenti non eſſet ſuus hæres, eo quod a parente præcederetur, eo mortuo fit ſuus hæres *l. poſthumorum* 13. *ff. de injuſt. rupt.* §. *poſthumorum inſtit. tit. de exhæred. liber.* Tertio arrogatione, & ejuſmodi adoptione, quæ transfert patriam poteſtatem in adoptantem §. 1. *inſt. quib. mod. teſtam. infirm.* Etenim ſi hi fuiſſent ſui hæredes tempore facti teſtamenti, & in eo fuiſſent præteriti, teſtamentum ipſo jure nullum fuiſſet *princ. tit. inſtit. de exhæred. liber. l.* 1. *ff. de injuſt. rupt. l.* 3. §. *ult. l. ſi filius* 7. *l. inter cætera* 30. *ff. de liber. & poſt. l. ult. C. de liber. præter.* Quapropter ſi poſtea agnaſcantur, teſtamentum initio rite factum rumpitur, quia devenit ad eum caſum, a quo incipere non potuiſſet.

24 Progrediamur jam ad explicandam alteram partem ſuperioris diſtinctionis. Si poſſit executioni mandari, & exitum habere, ad quem actus fuit inſtitutus, non retractatur. Exemplum eſt in *l. donationes* 31. *ff. de donat.* Donatio facta con-

cubinæ non retractatur per subsequens matrimonium, quia hoc non impedit, quominus donatio possit exitum habere, ut colligi potest ex iis, quæ supra diximus ad hujus legis explicationem. Modo notandum est, quod quando actus incidit in eum casum, a quo incipere non poterat, quia eo casu ex mera legis dispositione prohibetur: aut durat etiam ex post facto ratio prohibitionis, & tunc actus consumitur, ut in agnatione, vel quasi agnatione sui hæredis, ut paulo ante explicavimus: aut cessat ratio prohibitionis, ut in donatione facta concubinæ, ut in superioribus ostendimus, & tunc actus non retractatur; quia cum actus sit inutilis ratione prohibitionis, ea cessante, nulla ratio superest, cur non debeat sustineri.

25 Alterum exemplum quidam deducunt ex *§. ex contrario instit. tit. de legat.* Legatum debiti conditionalis pure relictum valet, sive dies & conditio venerit vivo testatore, sive post diem legati cedentem *d. §. ex contrario vers. etsi vivo & l. debitor* 82. *ff. de leg.* 2. quia hoc non impedit, quominus legatarius possit consequi, quod relictum est, cum præter primævam actionem habeat etiam ex testamento, quam si elegerit, legatum consequi poterit. Sed de hoc supra satis copiose disseruimus.

26 Ut aliquando tandem apponamus coronidem tam longæ, totque difficultatibus implicatæ disputationi: monendum est, superioris regulæ non tam multas esse exceptiones, quam plerique sunt opinati. Nam in *l. pluribus* 140. *§.* 1. *ff. de V. O.* ubi duæ exceptiones proponuntur a Paulo, altera est de duobus hæredibus institutis a stipulatore, quæ vere non est exceptio regulæ; nam in singulos hæredes servitus transfertur in solidum, ut supra probavimus. Nihil autem impedit, quominus servitus etiam ab initio duobus acquiratur in solidum in eodem fundo, *l.* 2. *ff. de servit. leg.* servitus ergo, quæ in solidum transfertur in duos hæredes, non incidit in eum casum, a quo incipere non potuisset: neque enim dividitur in partes, quod fieri non potest. Quemadmodum igitur duobus illis hæredibus ab initio potuisset servitus obligari, ita & potest in eos obligatio jam contracta transferri. Paulus autem ideo inter exceptiones hoc hujusmodi factum recensuit, quia respexit ad personam stipulatoris, qui, cum unus sit, in duos transfert obligationem servitutis individuæ, quod alioquin juxta regulam nostram fieri non potest *l. pro parte* 11. *ff. de servit. l. si sub una* 136. *§. ult. ff. de V. O.* Altera autem exceptio Pauli est de servitute jam constituta, & acquisita, ad quam proprie regula nostra non pertinet, ut supra diximus. Etenim quoties expleta est obligatio, hoc est, debitor fecit, aut dedit id, quod debebat, illico exstincta est, & sublata *princ. tit. quib. mod. toll. oblig.* semel autem exstincta, atque sublata amplius exstingui, & tolli non potest, quicumque casus inciderit. Sed hoc pluribus supra. Paulus igitur ibi regulam latissime accepit. Idem dicendum est ad *l.* 3. *C. de interd. matrim.* nam & ibi agitur de matrimonio jam contracto, & consummato, ex quo liberi etiam suscepti erant.

Minus opponitur regulæ nostræ, quod 27 traditur in *l. a filio* 25. *ff. de leg.* 1. & in *l. si a servo* 20. *ff. de leg. Falc.* Nam ut supra demonstravimus, hujusmodi factum pro regula est, non contra regulam. Statim enim ac legatum incidit in eum casum, a quo incipere non potuisset; quod evenit, cum aditur hæreditas, quia tunc incipit idem esse hæres, & legatarius; legatum extinguitur. Hoc igitur confirmat, non impugnat regulam.

## CAPUT XXVII.

### *Ad L. si ita esset 7. D. de aur. & arg. leg.*

### SUMMARIUM.

I *Tempus facti testamenti inspicitur circa rem in obligationem deductam. Exemplum in legato.*
II *Verbum est præsens tempus demonstrat.*
III *Præcipue si aliquid insertum sit, quod ostendat,*

*dat, testatorem respexisse ad tempus præteritum.*

IV *Legatum mancipiorum, quæ sunt intra septem annos, continet ea, quæ hujus ætatis erant tempore facti testamenti.*

V *Verbum præsentis temporis adjectum substantiæ legati, tempus conditi testamenti indicat, etsi aliquod aliud habeatur, quod ad futurum referri possit.*

VI *Tempus testamenti spectandum est, etsi res post testamentum conditum mutata fuerit.*

VII *Si quid in codicillis relinquatur, spectatur tempus, quo facti sunt, non tempus confirmationis.*

VIII *Regula cessat, si aliud tempus testator comprehenderit, tacite vel expresse, & n. IX.*

IX *In legato rerum, quæ augmentum, & diminutionem recipiunt, tempus mortis attenditur.*

X *In legato fundi continetur, quidquid fundo adjectum fuit, vel a testatore, vel per alluvionem.*

XI *Alienatione partis rei legatæ minuitur legatum.*

XII *Alienatione rei principalis extinguitur legatum ipsius rei, & accessionum.*

XIII *Pignus & hypotheca non pariunt effectum extinguendi legatum.*

XIV *Res alienata si in pristinum statum restituatur, legatum reviviscit.*

*Expenditur l. si eborea. 79. §. ult. ff. de leg. 3.*

1 HActenus de tempore, quod spectandum est, cum quæritur de validitate actus. Modo succedit altera quæstio, quod tempus inspici debeat, cum quæritur de re in obligationem deducta. Deciditur hujusmodi quæstio a Paulo in *l. si ita esset 7. ff. de aur. & arg. leg. Si ita esset legatum: vestem meam, argentum meum damnas esto dare: illud legatum videtur, quod testamenti tempore fuisset: quia præsens tempus semper intelligeretur, si aliud comprehensum non esset. Nam cum dicit vestem meam, argentum meum, hac demonstratione meum præsens, non futurum tempus ostendit. Idem est, etsi quis ita legaverit: servos meos*, Habemus hic regulam, rationem, & exceptionem. Regula est, præsens tempus semper intelligi, hoc est, tempus facti testamenti. Hanc regulam confirmat Scævola in *l. medico ult. ff. eod. Medico suo contubernali, & communium expeditionum comiti inter cætera, ita legaverat; argentum viatorium meum dari volo: quæsitum est, cum paterfam. in diversis temporibus Reip. causa abfuerat, quod viatorium argentum hoc legato comprehensum esse videtur. Respondi, quod habuisset argentum viatorium eo tempore, cum testamentum faciebat, deberi.* Ratio autem est, quia verbum illud *meum* præsens tempus demonstrat: ut ait Paulus in modo laudata *l. si ita esset.*

Idem dicendum, etsi testator adjecerit verbum *est* vel esset, & ejusmodi, nam & hæc ad præsens tempus, hoc est, conditi testamenti referuntur. Pomponius in *l. scribit 34. §. 1. ff. de aur. & arg. leg. Si maritus uxori, cum haberet quinque pondo auri, legasset ita: aurum quodcumque uxoris causa paratum esset, uti hæres uxori daret: etiamsi libra auri venisset, & mortis tempore amplius, quam quatuor libræ non deprehenduntur, in totis quinque libris hæredem esse obligatum: quoniam articulus est præsentis temporis demonstrationem in se continet.* 2

Atque id multo magis obtinet, cum verbum aliquod præteriti temporis legato fuerit insertum. In *l. Aurelius §. Titius Sejo ff. de liberat. leg. Titius Sejo debitori suo ita legavit: dono illi quicquid sortis, & usurarum nomine mihi debebat.* Si Sejus post testamentum factum aliam quoque pecuniam a Titio mutuatus est: hoc debitum legato non continetur: quia, ut ait ibi Scævola, cum verba in præteritum tempus collata proponerentur, non est credendum, posterius esse legatum. Idem confirmat in *l. ult. in princ. ff. eod.* Idem in *l. uxori 33. § 1. ff. de leg. 3. Uxori suæ inter cætera ita legavit: uxori meæ quicquid vivus dedi donavi, usibus ejus comparavi, concedi volo: quæro, an, quod post testamentum factum ei donatum est, id quoque concessum videatur. Respondi, verba, quæ proponerentur, nihil pro futuro tempore significare.* Ex hac lege desumi potest regula, quæ paulo latius patet: hoc est, contineri legato solummodo ea, quæ erant tem- 3

tempore testamenti, nisi verba futurum tempus demonstrent, aut quodammodo significent.

4 Quamobrem in *l. uxorem* 41. §. *testamento* 4. *ff. de leg.* 3. Scævola proponit hujusmodi legatum. *Publio Mævio domnulo meo ab hæredibus meis dari volo pueros quinque ex meis, dumtaxat intra annos septem*. Quærit Scævola, cum testator mortuus esset post complures annos, cujus ætatis mancipia debeantur: utrumne quæ facti testamenti tempore intra septem annos fuerunt: an quæ mortis tempore intra eam ætatem inveniantur: respondit, eam videri ætatem designatam, quæ esset, cum a testatore relinquerentur. Cum enim ætati nullum verbum pro futuro tempore fuisset adjectum, sicut spectatur tempus testamenti quoad ipsa mancipia, nec debentur, nisi ea, quæ fuerunt testatoris tempore facti testamenti, ita spectatur quoad ætatem mancipiorum, eaque debentur, quæ erant intra septem annos tempore facti testamenti.

5 Imo etsi aliquod verbum, quod ad futurum tempus referri possit, adjiciatur, tamen si substantiæ legati verbum præsens adjectum fuerit, inspicitur tempus conditi testamenti, ut in *l. ult.* §. 1. *ff de leg.* 2. Quidam, qui patrimonium cum fratre commune habebat, fidei filiorum commisit: *propter res universas, quæ mihi cum fratre meo communes sunt, quas æstimationis constiterit esse universas duo millium aureorum, uti pro portione vestra mille aureos a patruo vestro accipiatis*. Respondit Scævola, licet testator quinquennio, quo supervixit, abunde patrimonium auxerit, tamen æstimationem, quæ mortis tempore fuit, esse præstandam. Verba illa: *quas æstimationis constiterit esse universas* commode referri possent ad tempus mortis, sed id impediunt verba illa: *communes sunt*: nec verbum *universas* potis est ampliare legatum, quia refertur ad res, quæ eo tempore communes erant.

Idem est, etiamsi res legata mutata 6 fuerit post testamentum conditum. Singulare exemplum proponit Ulpianus in *l. si quis vinum* 9. §. *item si quis ff. de trit. vin. vel ol. legato*: Ibi: *Item si quis vinum, quod habuit, legavit: deinde hoc coacuit, licet postea in aceti locum translatum sit a patrefam. vino legato continebitur; quia id, quod testamenti facti tempore vinum fuit, demonstratum est; & est hoc verum, nisi voluntas adversetur*. Ejusdemmodi est, quod traditur in *l. ult.* §. *ult. ff. de liberat. leg.* ubi in novum debitum translato veteri debito, nihilominus hoc legato continetur. Id tamen non est intelligendum de mutatione, quæ rem legatam transformat in aliam speciem, hæc enim mutatio legatum exstinguit. *L. lana* 88. *ff. de leg.* 3. nisi repugnet voluntas testatoris *l. servum* 44. §. *si pocula ff. de leg.* 1. Verumtamen si nova species redigi possit ad priorem materiam, nova species ex legato debebitur *d. l. lana* 88. *in fin.* Ratio redditur Paulo in *l. quæsitum* 78. §. *illud* 4. *ff. de leg.* 3.

Illud tamen monendum est, quod si- 7 cut testamenti tempus spectandum est, cum legatum in testamento fuit relictum: ita spectandum est tempus codicillorum, si relictum fuerit in Codicillis. Quod adeo verum est, ut etiamsi codicilli fuerint testamento confirmati, tamen non tempus testamenti eos confirmantis, sed codicillorum debeat observari. Traditum id singulariter in *l. quædam* 7. §. 1. *ff. de jure codicill.* Si ita in codicillis scriptum erit: *vestem, quæ mea est* codicillorum tempus spectandum, non quo confirmantur. Item, *Si Titius, vivus est, vel si tot annis est* codicillis legavit Sejo, tempus codicillorum, non, quo fit testamentum, spectandum. Reddit rationem JC. quia in his, quæ sunt facti, non juris codicillorum tempus, non confirmationis attenditur: videnda *l. verbum erit* 123. *ff. de V. S.*

Hactenus de regula; nunc de exce- 8 ptio.

Digitized by Google

ptione. Exceptionem hanc proponit JC. in nostra *l. si ita esset* 7. *ff. de aur. & arg. leg. si aliud comprehensum non esset*. Aliud comprehendit testator aliquando expresse, aliquando etiam tacite. Expresse, ut in *l. cum pater* 77 §. *fidei tuae* 12. *ff. de leg.* 2. in *l. penult. in princ. ff. de leg.* 3. in *l.* 2. *ff. de aur. & arg. leg. l. testamentum* 65. §. *praediis ff. de leg.* 3. *l. scribit* 34. §. *ult. ff. de aur. & arg. leg.*

9 Tacite, pluribus modis. Primum, si leget id, quod natura sua diminutionem, & augmentum recipit, veluti, si peculium legetur *l. denique* 8. §. *ult. ff. de pecul. leg.* §. *si pecul.* 20. *inst. tit. de legat.* peculium enim simile est homini, nascitur, crescit, decrescit, moritur *l. peculium* 40. *ff. de pecul.* vel grex §. *si grex* 18. *inst. tit. de legat. l. grege legato* 21. *cum seq. ff. de leg.* 1.

10 Secundo, si legaverit fundum, eique postea partem aliquam adjecerit, atque conjunxerit, vel ex fundo legato detraxerit. Cum enim fundi hominum destinatione constituantur, augeantur, minuantur, quoties testator fundum auget, videtur voluisse legatum augere, aut diminuere quoties aliquid fundo detrahit. *l. cum fundus* 10. *ff. de leg.* 2. *l. quod in rerum* 24. §. *si quis post eum* §. *seq. ff. de leg.* 1. Itaque debetur fundus, qualis est tempore mortis, sicut evenit etiam in alluvione, & eluvione *d. l. quod in rerum* §. *si quis*.

11 Tertio, si testator partem rei legatae post factum testamentum alienaverit, & legatum alienatione facta minuerit, ut si legaverit ancillam cum suis natis, & postea ancillam alienaverit *l.* 3. *ff. de pecul. leg.* vel si legaverit servum cum vicariis, & postea servum alienaverit *l.* 4. *ff. eod.* §. *si quis ancillas* 17. *inst. tit. de leg.* His enim casibus soli nati, & soli vicarii legato continentur. Item, si quinque libras auri legaverit, & postea libram alienaverit, quatuor tantum debebuntur *l. scribit* 34. §. 1. *in fin. ff. de aur. & arg. leg.* Verumtamen his casibus ex post facto, & voluntate testatoris legatum minuitur, ab initio tamen ea continebat, quae legata erant tempore conditi testamenti, hoc est, ancillas, & natos: servum, & vicarios: quinque libras auri. Quocirca si testator non alienaverit animo minuendi legati, debebitur id, quod legato continebatur tempore facti testamenti *d. l. scribit* §. 1. Ut autem dignoscatur, utrum animo exstinguendi aut minuendi legati alienaverit, an secus, ea regula tradita est; si alienaverit urgente necessitate, non videtur animum habuisse adimendi, aut minuendi legati: si vero, libens volens nulla necessitate adstrictus alienaverit, legatum adimere voluisse praesumitur *d. l. scribit* §. 1. *& l. rem legatam* 18. *D. de adim. leg.* Mutatam autem fuisse voluntatem testatoris, eumque alienasse animo adimendi vel minuendi legati, haeres probare debet *l. fideicommissa* 11. §. *si rem D. de leg.* 3.

Verum de hac alienatione legatum mi- 12
nuente tria sunt admonenda. Primum,
quod si res principalis a testatore alienetur, non minuitur legatum, sed exstinguitur, & ne accessiones quidem debentur: veluti, si legaverit servum cum peculio: nam servo alienato, nec peculium quidem debetur *l.* 1. *&* 2. *ff. de pecul. leg. d.* §. *si quis ancillas*. Item, si legaverit fundum instructum, vel fundum cum instrumento, nam fundo alienato nec instrumentum debetur *d.* §. *si*
*quis ancillas in fin.* Alterum, quod in 13
hac causa non comprehendimus inter alienationes, pignus, & hypothecam: haec enim non exstinguunt, nec minuunt legatum: quia haeres rem legatam luere tenetur, & liberam praestare *l.* 3. *C. de*
*legat.* Tertium, quod re in pristinum 14
statum restituta reviviscit legatum: veluti, si area legata fuerit, & postea domus inaedificata, ac rursus domus corruerit, legatum areae reviviscit *l. si chorus* 79. §. *area ff. de leg.* 3. quod tamen intelligendum est de testatore, qui non

augen-

augendi legati causa inædificaverit, sed mutata voluntate. Nam si voluntatem non mutaverit, & area, & domus inædificata debebitur, & legato continebitur *l. si area* 39. *ff. de leg.* 2. *l. servum* 44 §. *si area ff. de leg.* 1. quia ædificium solo cedit §. *cum in suo inst. tit. de rer. div.* Idem respondit Celsus in *d. l. si chorus* §. *ult. ff. de leg* 3. de servo legato, qui postea manumissus est, & rursus servus factus est, eum enim peti posse respondit. Sed Celsi sententiam confutavit Paulus in *l. qui res suas* 98. §. *ult. ff de solut.* Itaque neutro casu est admittenda. Non in servo, quia alius, ac novus servus est *d. l. qui res* §. *ult.* Non in domo inædificata, quia aut dominus mutavit voluntatem aut non mutavit. Si non mutavit voluntatem, legatum non exstinguitur *d. l. servum* 44. §. *si area ff. de leg.* 1. Si mutavit voluntatem, & voluit adimere legatum, illud exstinguitur, quia etiam nuda ac tacita voluntate legatum admittitur, *l. si jure* 18. *ff. de leg.* 3. *l.* 3. §. *ult. ff. de adim leg.* Nec potest redintegrari domo diruta, nisi aut testator ipse eam destruxisset, aut iterum mutasse voluntatem probetur. Nam legatum semel ademptum non nisi nova voluntate potest redintegrari, quemadmodum redintegratur legatum, quod propter graves inimicitias fuit exstinctum, si testatorem poenituit prioris offensæ, *l.* 3. §. *ult.* & *l. seq. ff. de adim. leg.* Hæc autem similia non sunt. Nam legatum, quod propter inimicitias exstinguitur, sola præsumptione revocatum censetur, cum legata relinquantur ob meritum, *l. nec adjecit* 9. *ff. pro soc.* quæ præsumptio cessat, cum testatorem poenitet prioris offensæ, & ideo hic constat de mutata voluntate *d. l.* 4. *in fin.* Contra qui ædificat in area legata, non præsumitur ædificare animo adimendi legatum *d. l. servum* 44. Ac si probandum est, eum ædificasse animo adimendi legati *d. l.* multo magis probandum erit, eum destruxisse animo ejus redintegrandi. Idque probatu difficillimum erit. Quis enim tam fatuus sit, ut domum destruat ad legatum redintegrandum, cum id ipsum consequi possit nuda voluntate? *d. l.* 4. *ff. de adim. leg.* Quid si domus diruta fuerit ventorum, aut aquarum vi, aut alio casu ceciderit citra testatoris voluntatem?

---

## CAPUT XXVIII.

### *Ad l. hæc conditio* 10. *ff. de con. & dem.*

## SUMMARIUM.

I *Tria sunt tempora, quibus existere potest conditio adjecta legato vel institutioni.*

II *Conditio ante factum testamentum impleri non potest, sæpius tamen pro impleta habetur.*

III *Quandonam sufficiat, conditionem impletam esse ante factum testamentum: quando iterum impleri debeat? & n. IV.*

V *Inter factum testamentum & mortem testatoris omnes conditiones impleri possunt præter illas, quæ sunt in potestate heredis vel legatarii.*

VI *Post mortem testatoris omnes & quæcumque conditiones impleri possunt.*

VII *Temporis spatio ad implendam conditionem a testatore præscripto, illum spectandum est, atque transacto frustra impletur.*

VIII *Lex temporis spatium non præscribit ad implendas conditiones, (exceptis promiscuis) & quandocumque impleantur, dispositio effectum habere debet.*

IX *Conditiones promiscuæ, cum primum poterit, a legatario implendæ sunt.*

X *In heredis institutione tempus implendæ conditionis terminatur heredis morte.*

XI *Conditionum promiscuarum quædam deficiunt ultimo vitæ heredis momento, quæd. in urgo eo mortuo.*

ALia semper ex alia quæstio suboritur. Non est huic loco importuna quæstio quæstio de tempore implendæ conditionis. Tria enim sunt tempora, quibus existere potest conditio adjecta legatis, & institutionibus. Tempus, quod præcedit testamentum. Tempus, quod testamentum subsequitur, & usque 1

usque ad mortem legatarii, vel hæredis intercedit. Quod tempus ex his spectandum sit, ut conditio recte, & secundum voluntatem testatoris impleatur, in disceptationem cadit. Illud etiam in controversiam venit, an infinitum tempus ad implendam conditionem sit assignatum, an certis finibus concludatur. Duæ igitur hac de re existunt controversiæ: altera de tempore, altera de spatio temporis. Primam primo loco pertractemus secundum propositam divisionem temporum, eo ordine servato, quem modo indicavimus.

2 Quantum attinet ad tempus, quod præcessit testamentum, utique statuendum est, conditionem impleri non posse: sæpe numero tamen sufficere eam extitisse, quia pro impleta habetur, ut ait Ulpian. in *l. hæc conditio* 10. *in fin. vers. dicendum D. de cond. & dem.* Etenim testator cum condidit testamentum, aut sciebat jam evenisse, quod posuit in conditione, aut id ignorabat. Si sciebat, præsumitur voluisse conditionem iterum impleri, ne dicamus eum frustra ac temere conditionem adjecisse; ac propterea non sufficit, eam extitisse ante testamentum *l. si jam facta* 11. *in princ. D. eod.* Si vero id ignorabat, puta est, non conditionalis dispositio, & præsenti die debetur *d. l. si jam facta versic. si vero*. Tunc enim adjectio testatoris aut contrahentium potestatem conditionis obtinet, cum in futurum confertur *l. itaque* 39. *D. de reb. cred.* Quocirca conditiones in præteritum, vel præsens tempus collatæ, non sunt veræ conditiones, nec suspendunt obligationem, etiamsi incertum sit, an extiterint, necne *l. cum ad præsens* 27. *cum seq. D. de reb. cred. l. si ita stipulatus* 120. *in fin. D. de V. O. §. conditiones* 6. *instit. eod.* Cum igitur hæc conditio ignorante testatore jam extiterit, non facit dispositionem conditionalem, aut saltem pro impleta habetur, cum non possit præsumi, testatorem voluisse eam iterum impleri, atque existere, quoniam ignorabat eam exstitisse: sed potius præsumendum est, eum non fuisse adjecturum, si scivisset, eam jam extitisse *d. l. conditiones* 10. *in fin.*

3 Verumtamen quia sæpe numero accidit, ut conditio sit ejusmodi, ut iterum impleri non possit, aut ut impleta sit eo modo, quo voluit eam impleri testator, statuenda est regula, qua definiatur, quandonam sufficiat eam extitisse ante factum testamentum; & quando expectandum sit, ut iterum existat. Regulam autem hujusmodi constituimus. Quoties conditio extitit eo plane modo, quo eam voluit existere testator, valet legatum, & institutio, etiamsi exstiterit ante testamentum. Id evenit, aut cum conditio amplius existere non potest, cum nequeat iterari: aut cum testator ignoravit, eam jam extitisse. Exemplis rem explico. Testator Titio legavit, cum pubes erit. Ad pubertatem facti testamenti tempore jam pervenerat. Hæc conditio iterum existere non potest: & extitit eo modo, quo voluit testator: nihil enim aliud voluit, quam ne consequeretur legatum ante pubertatem: idcirco legatum statim debetur, quia ipsum consequitur post pubertatem, quemadmodum voluit testator *l. hæc conditio* 10. *§. ult. vers. etsi cui ff. de cond. & dem.* Rursus testator legavit Gajo Sejo in honorem consulatus quadringenta. Vivo testatore Sejus consul designatus est, & munus edidit, deinde ex calendis Januarii consulatum ingressus est: postea testator decessit. Respondit Marcellus quadringenta Sejo deberi in *l. Publius Mævius* 36. *ff. eod.* Non distinguit hic Marcellus ante, an post testamentum consul fuerit designatus, quia etsi ante fuerit designatus, tamen quadringenta debentur. Sicut non distinguit Justinianus in *l. si quis* 6. *C. de instit. & subst.* & comparat conditioni: *Si nupta fuerit.* Hæc enim conditio, licet iterum impleri possit, tamen hoc difficile admodum est, & raro eveniebat: itaque non potest præsumi, te-

teſtatorem de ſecundo conſulatu cogitaſſe: ſed quadringenta ei reliquiſſe in honorem ejus conſulatus, quem poſtmodum erat ingreſſurus: voluit enim honorare conſulatum & dignitatem, quam gerebat, vel poſtmodo geſturus erat: argumento *l.* 4. *cum duabus ſeqq. ff. de legib.* facit ad rem textus in *l. cum hæres* 4. §. 1. *ff. de ſtatu lib.* Ibi: *quia nec animus dandæ libertatis eſt*.

4 Quod ſi teſtator ignoravit conditionem exſtitiſſe: ſufficit eam exſtitiſſe etiam ante teſtamentum, niſi conditio ejuſmodi ſit, quæ poſita ſit in poteſtate legatarii, aut hæredis, qui eam implere debet. Finge, teſtator legavit centum, ſi navis ex Aſia venerit, quæ eo ignorante jam ex Aſia venerat: pro impleta habetur conditio, & legatum, vel inſtitutio pura eſt, *l. hæc conditio* 10. §. 1. *ff. de cond. & dem.* Item legavit mulieri centum, cum nupſerit: mulier jam nupta eſt. Si ſcivit hoc teſtator, alterum matrimonium erit exſpectandum: ac nihil intererit, utrum vivo teſtatore, an poſt mortem iterum nubat *l. ſi ita legatum* 68. *ff. de cond. & dem.* Sed hoc, ſiquidem teſtator ſcivit nuptias jam eſſe contractas. Cæterum ſi id ignorabat, ſtatim legatum debebitur, quia de primis nuptiis conditio eſt intelligenda *l. boves* 70. §. 1. *ff. de V. S.* & ideo in *d. l. ſi ita legatum* JC. requirit, ut ſciverit nuptias eſſe contractas, aliter reſponſurus, ſi ignoraſſet. Quamvis enim hi actus iterari poſſint, & rurſus navis ex Aſia venire poſſit, & iterum nuptiæ contrahi, tamen credendum eſt, teſtatorem de primo adventu, & de primis nuptiis ſenſiſſe *d. l. boves*: quod præſumi non poteſt, cum ſciebat eveniſſe id, quod poſuit in conditione, *l. ſi jam facta in princ.* & *l. ſolemus* 9. *ff. de cond. & dem.* tunc enim fruſtra conditionem illam adjiceret, quam ſciebat jam exſtitiſſe, *l. ſi quando* 109. *in princ. ff. de leg.* 1. *l. ſi per alium* 5. §. *docere ff. ne quis eum, qui in jus voc.*

5 Succedit jam tempus, quod intercedit inter factum teſtamentum, & mortem teſtatoris. Hoc tempore impleri poſſunt conditiones omnes, exceptis tantummodo illis, quæ poſitæ ſunt in plena poteſtate ejus, qui lucrum exſpectat impleta conditione. Recte Paulus in *l. ſi jam facta* 11. §. 1. *ff. de cond. & dem.* diſtinguit inter conditiones promiſcuas & non promiſcuas. Promiſcuum dicitur, quod paſſim, & omnibus fieri poteſt, & communiter uſurpatur. Cicero *pro Fontejo*. *Unum eſt enim, & ſimplex aurium judicium, & promiſcue, & communiter ſtultis, ac ſapientibus a natura datum*, Plin. *lib.* 5. *cap.* 1. *in fin. de populis Africæ, qui Canarii appellabantur*. *Quippe victum ejus animalis promiſcuum his eſſe*. Livius *lib.* 1. *eodemque jure promiſcue omnibus datum eſt*. Cic. *in* 2. *Agrar. promiſcue toto, quam proprie parva frui parte malletis*. Itaque eleganter Paulus promiſcuas conditiones vocat, quæ pendent a roſtro arbitrio, & in noſtra poteſtate ſunt, & ab omnibus paſſim, & facile poſſunt impleri. His igitur exceptis, aliæ omnes non promiſcuæ, quas interpretes noſtri dividunt in caſuales, & mixtas, impleri poſſunt & exiſtere etiam vivo teſtatore. Exempla proponuntur in conditione: Si navis ex Aſia venerit in *l.* 2. *in princ. D. de cond. & dem.* Si Titius conſul factus fuerit: in *l. ſi jam facta* 11. *in fin. D. eod.* in *l. ſi quis hæredem* 6. *C. de inſtit. & ſubſt.* Si nupſerit *l. hæc conditio* 10. *in princ. D. eod.* *l. ſi ita legatum* 68. *D. eod.* in honorem conſulatus *l. Publius* 36. *D. eod.*

6 Quoad poſtremum tempus, nempe poſt mortem teſtatoris, quæcumque conditio, cujuſque modi ſit, impleri poteſt: ea exiſtente ſtatim debetur, quod in teſtamento relictum fuit. Illud ſingulare eſt in conditionibus, quæ ſunt in poteſtate, hoc eſt, in conditionibus promiſcuis, ut licet non promiſcuæ, poſſint impleri etiam vivo teſtatore: hæ tamen omnino implendæ ſint poſt mortem *d. l. ſi jam facta* 11. §. 1. *eod.* & *l.* 2. *D. eod.* Imo non ſuf-

sufficit, eas impleri post mortem, nisi impleantur a sciente, conditionem insertam fuisse, eoque animo ut pareatur voluntati testatoris: nam si fato, casuque aut alio animo quis fecerit, quod positum erat in conditione, non videtur obtemperasse voluntati testatoris, adeoque nec implevisse conditionem *d. l. 2. D. de cond. & dem.* Quid ita? quia cum testator onus implendæ conditionis imponit, non potest consequi, quod ei relictum est, nisi voluntati testatoris obtemperet: nec obtemperat, qui non se conformat ad voluntatem testatoris: neque se ad ejus voluntatem conformat, qui casu, & aliud agendo facit id, quod jussit testator, sine voluntate exequendi ejus jussum. Finge: legatus est Titio fundus, si in Capitolium ascenderit. Titius Capitolium ascendit, vel pietatis ergo, vel ut amicum invisat, sine voluntate obtemperandi testatori, & ascensu illo legatum consequendi. Finge iterum, Sejo legata est domus, si Sempronio decem dederit. Sejus decem dat Sempronio, ut liberetur ab obligatione, quia ei decem debet, non ut voluntatem testatoris exequatur, & domum consequatur. Neuter obtemperat voluntati testatoris: neuter implet conditionem *d. l. 2. in fin. ff. de cond. & dem.*

7 Jam tandem de spatio temporis ad implendam conditionem præscripto disseramus. Tempus implendæ conditioni præscribit aut testator, aut lex. Si testator tempus præscripserit, illud spectandum, eoque transacto, frustra impletur conditio, *l. Thais 41. §. intra 12. ff. de fideicom. libert. l. si intra 23. D. de statulib.* Si intra quinquennium rationes reddiderit: si intra quinquennium decem dederit, liber esto. Si post transactum quinquennium paratus sit rationes reddere, vel decem dare, nihilominus liber non erit *d. l. Thais* & *d. l. si intra*. Verumtamen si per eum non steterit, quominus intra quinquennium aut rationes redderet, aut decem daret, id ei non nocebit, quominus libertatem consequi possit post quinquennium implendo conditionem *d. l. Thais §. intra*: imo si hæres non patiatur, eum implere conditionem, liber erit perinde ac si conditioni paruisset *d. l. si intra §. 1. D. de statulib.* Quotiescumque enim per hæredem stat, quominus conditio impleatur, pro impleta habetur *l. si peculium 20. §. is cui D. de statulib.* In legato autem libertatis etiamsi per hæredem non steterit, sed per alium; dummodo non steterit per ipsum servum, conditio semper pro impleta habetur *l. cum ita datur 94. in princ. D. de cond. & demonstr. l. si peculium 20. §. is cui versic. adeo D de statulib. l. ult. C. de condit. insert.* Multo secus est in aliis legatis: in his enim non sufficit per eum, qui debebat implere conditionem, non stetisse, quominus eam impleret, ut habeatur pro impleta. Tunc enim solummodo pro impleta habetur, cum aut per eum stetit, qui impleta conditione legatum debiturus erat *l. in jure 161. D. de reg. jur.* repetita in *l. Julius 81. in fin. D. de cond. & dem.* aut si steterit per eum, in cujus personam erat collata conditio *l. 3. & l. mulier 20. in princ. D. de cond. instit. l. Titius 14. D. de cond. & demonstr. l. 1. C. de instit. & subst.* Si vero casu fiat, ut implere non possit, pro impleta non habetur, sed deficit conditio, ut in *l. in testamento 31. in princ. D. de cond. & dem.* in *l. legatum C. de cond. insert. l. cum ita datur 94. vers. diversa l. penult. §. item si D. de cond. & dem. l. si peculium 20. §. is cui vers. adeo D. de statulib.* etiamsi legatum fuerit ipsi servo manumisso *d. l. si peculium §. is cui.*

Lex spatium temporis ad implendam 8 conditionem non præscribit in omnibus conditionibus, sed solum in conditionibus promiscuis. In reliquis conditionibus nullum spatium temporis est præfinitum: ac propterea quandocumque extiterit conditio, vim, & effectum habebit dispositio: & quidem in contractibus, etiamsi extiterit post mortem creditoris, quia creditor moriens, eam spem, quam habet, in

in hæredem tranſmittit. §. *ſub conditione* 4. *in fin. inſtit. de V. O.* aut poſt mortem debitoris, quia hæredem relinquit obligatum, *l. si quis* 57. *D. de V. O.* In legatis autem tempus non protenditur, niſi uſque ad mortem legatarii: nam ſi legatarius ante eventum conditionis moriatur, nihil ad hæredem ſuum tranſmittit, & legatum extinguitur morte legatarii *l. legata* 41. *D. de cond. & dem. l. is cui* 42. *D. de obl. & act. l.* 4. *& ſeq. D. quand. di. leg. ced.* Cur autem nullum certum temporis ſpatium in hoc genere conditionis a lege præſcribatur, non eſt obſcurum. Etenim cum ille, qui diſpoſuit, voluerit ab incerto caſu pendere diſpoſitionem, qui tardius, & ocius poteſt evenire: utique voluit obtinere diſpoſitionem ſuam, quandocumque id evenerit, quod poſuit in conditione. Eſt enim multo incertius, quando aliquid ſit eventurum, quam an ſit eventurum. Quamobrem ſi lex tempus huic conditioni præſtitueret, faceret contra voluntatem diſponentis, qui in caſum contulit diſpoſitionem, cujus & eventus, & tempus eſt incertum. Et quamvis in legatis conditionis eventus legatarii morte circumſcribatur: tamen id a lege fuit conſtitutum, ut voluntati teſtatoris obſecundaret, qui cogitationem ſuam dirigit ad perſonam legatarii, non ejus hæredum; cum legatum relinquat ob meritum legatarii *l. nec adjecit* 9. *in fin. ff. pro ſoc.* non ejus hæredum, quos neque novit, neque ſcire poteſt, qui futuri ſint, & poſſunt eſſe etiam ejus inimici. Id autem ſecus eſt in contractibus, in quibus contrahentes & ſibi, & hæredibus ſuis conſulere voluiſſe cenſentur, cum in eorum arbitrio ſit hæredes quoſcumque voluerint eligere *l. tale pactum* §. *ult. ff. de pact. l. ſi pactum* 9. *ff. de probat.*

9 In conditionibus vero promiſcuis Lex tempus quidem præſtituit, non tamen in omni diſpoſitione, ſed ſolum in legatis. In his quoque non certum diem reſtricte præfinivit, ſed ſtatuit, ut cum primum poterit legatarius impleat conditionem *l. hæc conditio* 29. *ff. de cond. & dem. Hæc conditio ſi in Capitolium aſcenderit, ſic recipienda eſt, ſi cum primum potuerit Capitolium aſcendere.* Et hoc quidem ex voluntate teſtatoris, qui cenſetur voluiſſe, quam citiſſime, ſiquidem id potuerit fieri, ſuæ voluntati obtemperari, ne legatarius tergiverſando, & ſine cauſa procraſtinando videatur legatum parvipendere, & contemnere beneficium teſtatoris.

In hæredis inſtitutione contrarium eſt 10
conſtitutum: nam tempus implendæ conditionis hæredis morte terminatur, & quamdiu vivit poteſt implere conditionem, quæ ſolummodo ejus morte deficit *l.* 4. *in fin. cum l. ſeq. ff. de hæred. inſtit. l. ult. ff. de cond. inſtit.* Atque hoc non ſolum in inſtitutione ſui hæredis obtinet, ut quidam exiſtimarunt, ſed etiam in extranei inſtitutione *l. ult. verſic. argumentoque eſt ff. de condit. inſtit.* Cum hæredibus enim lex multo benignius agit, quam cum legatariis, quia hæreditas poteſt eſſe damnoſa, legatum non item *l. ſi hæreditatem* 32. *ff. mand. l. ult. C. de hæred. act.* Veruntamen ſi hæres conditionem trahat urgentibus creditoribus, tempus, quod a lege non præſcribitur, a Prætore præfinitur, intra quod, ſi conditionem non impleverit, hæreditas vacet, quaſi defecta conditione *l. ſi quis inſtituatur* 23. §. 1. *ff. de hæred. inſtit.*

Illud in his conditionibus eſt animadvertendum, quod quædam deficiunt ultimo vitæ momento, ſi a vivente hærede non fuerint impletæ, quædam deficiunt & mortuo. Si conditio non poſſit impleri ultimo vitæ momento, veluti: *ſi Alexandriam ierit*, tunc deficit conditio: quia conſtat amplius impleri non poſſe, cum non poſſit Alexandriam ire qui agit animam. Secus eſt, ſi poſſit impleri, veluti: *ſi decem dederit.* Hæc enim conditio nomine hæredis per alium impleri poteſt etiam eo momento, quo hæres moritur; atque adeo deficit hærede mortuo.

Digitized by Google

tuo. Quocirca si quis ita hæredem instituerit: si in Capitolium ascenderit, hæres esto; si non ascenderit, fundum ei lego. Hæres si moriatur, antequam in Capitolium ascendat, legatum acquirit, & ad suum hæredem transmittit: quia conditio deficit eo vivente, & existit conditio legati: quia ultimo vitæ momento constat, eum amplius ascendere non posse: adeoque eo vivente cessit legati dies *l.* 5. §. *sed si* 2. *l. hujusmodi ff. qu. di. leg. ced.* Item si filius hac conditione fuerit institutus, & conditionem non impleverit, ultimo vitæ momento fit hæres ab intestato, cum defecerit conditio institutionis, vel succedit substitutus, si eum habeat. Contra in alia specie conditionis, cum ea deficiat filio mortuo, filius neque ex testamento, neque ab intestato hæres est: non ex testamento, quia deficit conditio: non ab intestato, quia cum defertur hæreditas ab intestato, jam mortuus est: itaque ad substitutum, vel cohæredem, vel ad agnatos defertur. Hæc in *l. ult. ff de cond. instit.* in *l. filius ff. de lib. & posth.*

## CAPUT XXIX.

### *Ad L. filius 28. ff. de liberis & posthumis.*

### SUMMARIUM.

I *Filius sub conditione casuali institutus, & sub contraria exhæredatus, ea pendente decedens, ab intestato patri hæres existit.*

II *Sub ea conditione institutus, quæ ultimo ejus vitæ momento impleri posset, ea pendente decedens, ab intestato patri non succedit.*

III *Confutatur Bartholomeus Ches. interp. jur. lib.* 2. *cap.* 9. *Eodem momento, quo moritur testator, vel existit conditio, defertur hæreditas & acquiritur filio.*

IV *Idem est in extraneis, licet differat tempus acquisitionis.*

V *Explicatur L. talem* 51. *ff. de hær. instit.*

VI *Explicatur L. si Titius* 16. *ff. de cond. instit.*

VII *Explicatur textus noster, & n* VIII. IX. X.

VIII *Conditio potestativa, quæ ultimo vitæ momento impleri potest, non deficit, nisi post mortem ejus qui implere debet.*

IX *Conditio casualis deficit moriente eo, in quem collata est dispositio, & n.* X.

XI *Exponitur L. si filius* 16. *ff. de lib. & posth.*

PRoponit in hac lege Tryphonius hujusmodi speciem. Pater filium, quem habebat in potestate, hæredem instituit sub conditione, quæ non erat in ejus potestate, eumque sub contraria conditione exhæredavit. Valet utrique testamentum *l. jam dubitari* 86. *in princ. D. de hæred. inst. l.* 4. *C. de instit. & subst.* Filius decessit pendente conditione tam institutionis, quam exhæredationis: ait JC. quod filius ab intestato patri successit, cum moreretur: quia dum vivit, neque ex testamento hæres, neque exhæredatus fuit. Recte: præteritus enim videtur filius, quia eo vivente, nec exhæredatio valuit, nec institutio. Non exhæredatio, quia conditio exhæredationis non existit vivente filio. Nec potest filius post mortem suam exhæredari *l. si ita scriptum* 13. §. *ult. D. de liber. & posth.* Non institutio: quia similiter vivente filio non exstitit conditio adjecta institutioni: ac si ea defecerit, & institutio & exhæredatio pariter corruit, cum non possit valere exhæredatio, non adita hæreditate ex testamento *l. filium quem* 30. *in princ. D. de bonor. pos. contr. tabulas.* Nec potest filius ante aditam hæreditatem exhæredari, vel post eam aditam *l.* 3. §. 2. *vers. quemadmodum* & *l.* 9. §. 2. *D. de lib. & posthum.* 1

Sed contrarium respondendum videbatur, quia cum conditio non sit implenda ab ipso filio, potest existere ultimo vitæ momento: atqui quoties conditio ultimo vitæ momento impleri potest, filius non succedit, quia post ejus mortem destituitur testamentum *l. ult. in fin. D de condit. instit. l. si ejusmodi* 5. *in fin. D. de hæred. instit.* ut in superioribus exposuimus luculentissime. 2

Castrens. in *l. si filius* 16. *in fin. D de lib. & posth.* putat id fuisse constitutum 3

favore

favore filii, qui favor cessat in conditione potestativa, quia culpæ filii adscribi potest, quod conditionem non impleverit. Eodem videtur inclinare doctissimi Cujacii sententia in *d. l. filius a patre D. de liber. & posthum*. Hunc immerito suggillat Bartholom. Chesius *lib. 2. interpr. cap. 9*. Castrensem vero confutat, & jure quidem ac recte: ipse tamen non multo meliorem affert conciliationem. Nam quod ait prius existere conditionem, & postea deferri hæreditatem: adeoque licet conditio existat ultimo vitæ momento, tamen eodem momento non defertur filio hæreditas, sed momento consequenti, scilicet post mortem filii, hoc aperte falsum est. Etenim si hoc vere dici posset, non succederet ab intestato filius institutus etiam sub conditione, quæ non potest impleri ultimo vitæ momento, nam hæc quoque per mortem deficit *d. l. ult. D. de cond. inst.* Ibi: *respondit Servius conditionem morte defecisse*. Ergo si hæreditas eodem momento, quo destituitur testamentum, non deferretur, sed momento subsequenti, videlicet post mortem, non posset filius patris hæres esse: mortuo enim neque deferri, neque acquiri potest hæreditas. Igitur si id concedimus, & illud concedamus oportet, falsum esse, quod a Papiniano & Marcello traditum est in laudata *l. ult. & l. 5*. Apage vero. Illud etiam falsum erit, quod in eos continuetur dominium; quod statim ipso jure hæredes fiant: quemadmodum traditum est in *l. in suis ff. de lib. & post.* in *l. in suis ff. de suis & leg. t.* Illud certo certius est, in unum idemque tempus concurrere mortem, seu conditionis eventum; delationem hereditatis, & ejus acquisitionem in suis hæredibus: eodemque momento hæc omnia perfici legis potestate.

4 Imo etiam in extraneis, licet tempus acquisitionis differat a tempore delationis, quia non acquirunt hæreditatem, nisi cum eam adeunt *§. in extraneis inst. tit. de hered. qual. & differ.* tamen tempus delationis non differt a tempore mortis, seu conditionis existentis. Nam cum omnis hæreditas, sive ab intestato, sive ex testamento nobis a lege deferatur *l. lege obvenire 130. ff. de V. S.* Lex operatur in instanti, nec indiget ullo tempore ad operandum. Maximo est argumento, quod si legetur alicui *cum morietur*, moriens legatum acquirit, & ad hæredes transmittit *l. hæres meus 78. ff. de cond. & demonst. l. 4. §. 1. ff. qu. di. leg. ced.* Idemque constitutum est de hæreditate *l. extraneum C. de hæred. instit.* Certe neque hæreditas hæredi defertur, neque legatum legatario, nisi cum morietur, hoc est, ultimo vitæ momento: eodem igitur momento ei & defertur legatum, & acquiritur. Imo etsi legatum sit sub conditione potestativa, quæ existat ultimo vitæ momento, defertur legatario legatum illo ipso momento, eodemque cedit dies legati *l. ult. versic. argumentoque est ff. de cond. et inst.* Fiunt enim hæc omnia ministerio legis, quæ momento perficit, quodcumque voluerit.

Neque contrarium probant duæ leges, quas affert vir doctus ac peracutus. In 5 illis enim continetur conditio, quæ existere non potest, quia circuitu in semetipsum recurrente implicat ipsa sese, & errore plane inexplicabili semper in seipsam revolvitur, ideoque a nostris perplexa dicitur, a Græcis autem ἄτυςκτος. In *l. talem 51. in princ. D. de hær. inst.* dixit testator: *Stichus liber esto: & si liber erit, hæres esto*. Hæc conditio inexplicabilis est, &, nisi detrahatur, reddit inutilem institutionem. Nam Stichus non potest esse liber, nisi prius sit hæres, quoniam dies libertatis cedit ab adita hæreditate, *l. nam cum libertas 8. D. quan. di. leg. ced.* Nec potest esse hæres, nisi prius sit liber. Itaque & libertas hæreditatem, & hæreditas libertatem præcedere debet; quod est impossibile. Favore tamen libertatis Divus Marcus rescripsit detrahendam conditionem, perinde ac si non esset adjectum: *si liber erit*. Potest autem

tem retorqueri argumentum. Valet institutio ejusmodi: *Stichus liber & heres esto*: *d. l. talem in princ. & in* §. 1. & passim alibi. Atqui non potest esse liber, nisi sit hæres *d. l. nam cum libertas* 8. *D. qu. di. leg. cedat*, nec potest esse hæres, nisi sit liber: ideoque olim non valebat institutio, si sine libertate fuisset institutus, Ulpian. *tit.* 22. §. 13. Justin. in §. 2. *inst. tit. quib. ex caus. manum.* Quamobrem videretur dicendum, inutilem esse institutionem: sed non est inutilis, quia eodem momento, quo dominus moritur, & defertur ei hæreditas, & fit liber, & fit hæres, cum sit necessarius §. 1. *inst. tit. de hæred. qual. & differ.* Idcirco autem in superiori specie non poterat esse simul hæres & liber, quia institutio suspendebatur conditione *si liber erit*, quæ conditio implenda erat: eaque non impleta, hæres esse non poterat: at conditio impleri non poterat, quia non potest esse liber, nisi sit hæres *d. l.* 8. *D. qu. di. leg ced.* Quamobrem necessarium fuit rescriptum D. Marci, quo ~~conditio detraheretur. Ea~~ autem detracta illico defertur servo hæreditas, eodemque momento acquirit & hæreditatem & libertatem.

6 Eadem plane ratio est *l. si Titius* 16. *D. de cond. instit.* eaque traditur in eadem lege, ibi: *cum conditio existere non possit*. Quod enim sub conditione datum est, deberi non potest, nisi existat conditio: & dum pendet conditio, ad nos id pertinet *l. si ita scriptum* 45. §. 1. *ff. de legat.* 2. *l. legata* 41. *ff. de cond. & demonstr. l. multum interest* 21. *ff. eod.* In *l. si Titius* 16. *D. de cond. inst.* proponitur hujusmodi institutio. *Si Titius hæres erit, Sejus heres esto: si Sejus hæres erit, Titius heres esto*. Uterque sub conditione est institutus, sed neutra potest existere, quia altera alteram implicat & impedit: ita ut se expedire & explicare non possint. Etenim Titius non potest hæres esse, nisi cum fuerit hæres Sejus: at Sejus hæres esse non potest, nisi cum fuerit hæres Titius: neuter igitur hæres esse potest, ac neutri defertur hæreditas. Igitur quod institutio sit inutilis, non eo fit, quod non deferatur hæreditas eodem momento, quo impletur conditio: sed quia neutri defertur hæreditas, ac ne deferri quidem potest, cum conditio impleri nunquam possit: non quia ipsa per se sit impossibilis, sed quia futurum est, ut perpetuo pendeat, nec unquam impleatur. Nam, ut Sejus hæres fiat, exspectare debet aditionem Titii. Titius autem adire non potest, quia debet exspectare aditionem Seji, qui adire non potest *l. servus alienus* 3. §. *si quis ff. de hæred. inst.* Illud hic notandum, quod licet eventus conditionis præcedere debeat delationem hæreditatis vel legati, tamen prior non est tempore, quia eodem momento, quo existit conditio, defertur hæreditas vel legatum. Præcedit igitur solummodo natura, seu causa, quia non defertur hæreditas, nisi conditio existat. Optime Pomponius de hujusmodi conditione ait in *l. hujusmodi* 13. *ff. qu. di. ~~leg. ced.~~ quoniam causa, ex qua debeatur, præcedere semper debet*: quæ lex ad probandam hesii sententiam est multo accommodatior, quam duæ superiores, quas allegavit. Sed observandum, quod præcedere debet ratione causæ, non ratione temporis. Recte Cic. *de Fato*. *Omnia, quæ fiunt, causis fiunt antegressis*. Antegrediuntur autem sæpenumero etiam tempore: aliquando tamen solummodo tamquam causæ. Quemadmodum sol præcedit lucem, ignis calorem, non quidem tempore, quia dato sole, atque igne statim datur lux, & calor: sed præcedunt tamquam causæ, ille lucis, hic caloris. Præcedunt natura, non tempore. Lex igitur suspendit delationem hæreditatis, quamdiu pendet conditio: ea autem existente, confestim defert hæreditatem: neque enim eget tempore ad peragendum, quod vult.

His expositis, ad explicandam nostram legem aggrediamur. Recte respondit in 7

ea

ea JC. quod si filius decesserit pendente conditione tam institutionis, quam exhæredationis; dum vivit, neque ex testamento hæres, neque exhæredatus fuit. Pendente conditione, ut diximus, actus non perficitur, sed manet in suspenso, nec ullum habet effectum. Itaque cum mortuus sit, utraque conditione pendente, neque institutio, neque exhæredatio habuit effectum: eapropter perinde est, ac si præteritus fuisset. Proinde cum neque ipsi proficere institutio, neque obesse potuerit exhæredatio, & utraque fuerit inutilis, inutile est etiam testamentum, in quo præteritus fuit *l. inter cætera* 30. *ff. de liber. & posth.* quemadmodum, si institutus fuisset inutiliter *l. filius* 15. *ff. de condit. inst.* At enim potuit existere conditio institutionis ultimo vitæ momento, qua existente valuisset testamentum, atque ex eo filius hæres fuisset. Potuisset quidem existere: sed vere neutra exstitit conditio, adeoque fit irritum testamentum, in quo filius neque institutus, neque exhæredatus reperitur *d. l. inter cætera ff. eod.* Hoc amplius animadvertendum, quod in ea l. proponitur filius solus hæres institutus, ut apparet ex verbis subsequentibus *hærede autem &c.* quibus alia species proponitur filii, cui datus est cohæres. Filius autem ex asse institutus necessario hæres esse debet, sive existat, sive non existat conditio. Nam si exstiterit conditio institutionis, erit hæres ex testamento, si deficiat, atque adeo existat conditio exhæredationis, erit hæres ab intestato: neque enim valere potest testamentum, deficiente institutione *l. penult. vers. non potest ff. de his, quæ in testam. del. non potest testamentum valere, quod hæredem non habet*, §. *ante hæredis* 34. *instit. tit. de legat. l. quod per manus* 10. & *l. ult. ff. de jure codicill.* Nec valere potest ipsa exhæredatio si hæres institutus hæreditatem non adiverit. Quoties autem certum est, filium futurum hæredem, cum moritur, fit hæres ab intestato *l. filius* 16. *ff. de lib. & posth. l. ventre præterito* 84. *in fin. D. de acquir. vel omit. hæred.* quia iniquum est, eum hæredi suo relinquere nihil *d. l. ventre* 84.

8 At enim, inquiunt, quando conditio impleri potest ultimo vitæ momento, exspectanda est mors filii: quamdiu enim vivit, non deficit conditio, cum quolibet momento possit impleri. Quocirca non deficit, nisi per mortem, & nonnisi mortuo filio testamentum destituitur: propterea filius neque potest esse hæres ex testamento, quod est destitutum deficiente conditione: neque ab intestato, cum testamentum fiat irritum, cum filius non vivit *l. ult. in fin. ff. de cond. inst. l. si ejusmodi* 5. *in fin. ff. de hæred. inst.* Ergo cum hæc quoque conditio possit existere ultimo vitæ momento, filius neque ex testamento hæres esse potest, neque ab intestato.

9 Porro hæc verissime dicuntur de conditione, quæ est in potestate filii: de ea, quæ pendet a casu, non item. Valde differunt inter se hæc duo genera conditionum. Sub conditione, quæ in ejus potestate est, filius recte instituitur, quia a patre non excluditur ab hæreditate, imo pater in ejus arbitrio ponit, an velit hæres esse, eumque liberat ab ea necessitate, quam ipsi lex imposuit, ut velit, nolit, hæres esse debeat §. *sui autem inst. tit. de hæred. qual. & differ.* si paret conditioni, illico fit hæres necessarius *l.* 5. *in princ. ff de cond. & dem.* adeo ut amittat etiam beneficium abstinendi, quia sponte se subjecit oneribus hæreditariis, a quibus fuerat a patre liberatus adjecta conditione *l. jam dubitari* 86. *in fin. ff. hæred. inst.* Et potest parere, etiamsi pupillus sit, sine tutoris auctoritate, ea ratione, quam Paulus tradidit in *l.* 5. *ff. de cond. & dem.* Habet igitur filius plenum arbitrium, velit, an nolit hæres esse. Si vult hæres esse, impleat conditionem: si non vult, non impleat. Lex autem, ne restringeret hanc facultatem, ne diem quidem præfinivit filio conditionis implendæ: sed totum vitæ tempus ei cen-

conceſſit. Pendet igitur hæreditas, quamdiu a filio poteſt impleri conditio: poteſt autem impleri toto vitæ tempore. Quocirca ſi ejuſmodi conditio ſit, ut etiam ultimo vitæ momento poſſit impleri, etiam ultimo vitæ momento pendet ſuſpenſa hæreditas: proinde nonniſi mortuo filio conſtat, eum hæredem eſſe noluiſſe: & tunc deſtituitur teſtamentum, ſi ſolus fuerit inſtitutus, nec ei datus cohæres, aut ſubſtitutus. Etenim ſi habeat cohæredem aut ſubſtitutum, ipſi ſuccedent, quia filius non parendo conditioni, non facit patrem inteſtatum *l. ſuus* 4. *in princ.* & in §. *ult. ff. de hæred. inſt. l. ult. in fin. ff. de cond. inſt.* Pater igitur, adjecta conditione, quæ eſt in filii poteſtate, neque ipſum excludit ab hæreditate, neque omnimodo vult eum hæredem eſſe, ſed tantummodo ſi filius ipſe voluerit: filius autem non implendo conditionem, aperte declarat ſe nolle hæredem eſſe.

10 Longe aliter ſe res habet, cum pater filium ſolum hæredem inſtituit ſub conditione, quæ pendet a caſu, eumdemque ſub contrarii conditione exhæredat. Neque enim ponit in arbitrio filii, velit, necne, hæres eſſe: ſed in caſum differt tam inſtitutionem, quam exhæredationem. Licet voluerit utramque a caſu pendere; voluit tamen, utrumvis eveniſſet, filium hæredem eſſe. Pendet igitur ab incerto eventu, non an filius futurus ſit hæres, ſed ſolum utrum ex teſtamento futurus ſit, an ab inteſtato: omnimodo enim eſſe debet hæres, ut paulo ante oſtendimus. Iniquum igitur eſſet expectare eventum alterutrius conditionis poſt mortem filii, ut filius contra voluntatem patris excluderetur a ſucceſſione tam inteſtata, quam teſtamentaria, & nihil relinqueret hæredibus ſuis *l. ventre* 84. *in ff. de acquir. hæred.* non ſolum fraudare voluntatem patris, ſed etiam filii, qui, cum non ſit in ejus poteſtate, conditionem implere, etiamſi maxime velit hæres eſſe, tamen hæres fieri non poteſt, cum conditionis eventus a caſu pendeat, non autem ab ipſius voluntate. In ſuperiore ſpecie omnia concurrunt, quibus efficitur ut filius ſit privandus hæreditate, ſi vivens non pareat conditioni. Voluntas teſtatoris; qui cum adjecerit conditionem, quæ ultimo etiam vitæ momento, ſupremoque vitæ ſpiritu poteſt impleri, utique voluit totum vitæ tempus filio concedere ad implendam conditionem, eamque ſolum deficere poſt mortem filii, cum parere amplius conditioni non poteſt. Voluntas filii; qui cum vivens parere conditioni neglexerit, facto ipſo declaravit ſe nolle hæredem eſſe. Diſpoſitio legis; quæ ſtatuit conditionem, quæ eſt in poteſtate, non ante deficere, quam cum non poteſt amplius impleri: quod evenit mortuo hærede, ſi noviſſimo vitæ tempore potuit impleri *l. ſuus* 4. §. *ult. & l. ſi ejuſmodi* 5. *ff. de hæred. inſt. l. ult. in fin. ff. de condit. inſt.* Hoc enim exigit natura ipſius conditionis, quæ cum poſita ſit in poteſtate hæredis, non poteſt deficere, niſi cum hæres, aut declaraverit, ſe nolle eam implere, aut non potuerit implere. Ideo ſi facilis ſit conditio, & hæres malitioſe trahat conditionem, tempus ei a Prætore præfinitur *l. ſi quis* 23. §. 1. *ff. de hæred. inſtit.* quia ex natura conditionis, & ex legis diſpoſitione infinitum tempus habet ad parendum conditioni. Contra in noſtra ſpecie omnia concurrunt, qui dicere debeamus, deficere conditionem filio moriente. Voluntas patris; qui voluit filium, vel ex teſtamento, vel ab inteſtato ſuccedere, ut probavimus; non ſuccederet autem conditione poſt mortem deficiente vel exiſtente. Voluntas filii; qui præſumitur velle paternam hæreditatem ad ſe pertinere. Natura ipſa conditionis; quæ a caſu pendet, non a voluntate filii. Qua de re illud etiam operæ pretium eſt animadvertere, quod nec inſtitutio filii ſub conditione in caſum collata valet *l. Lucius Titius* 83. *ff. de cond. & dem. l. ſi pater* 4. *C. de inſtit. & ſubſt. l. ult. in princ. ff. de cond. inſt.* nec

nec exhæredatio sub conditione fieri potest *l.* 3. §. 1. *ff. de liber. & posth.* Item neque institutio post mortem filii fieri potest, cum amplius acquirere non potest hæreditatem; nec exhæredatio *l. si ita scriptum* 13. §. *ult. ff. de liber. & posth. l. suus* 4. *ff. de hæred. instit.* His consequens est, filium viventem neque institutum, neque exhæredatum fuisse, & comparandum filio instituto sub conditione, quæ ultimo vitæ momento impleri non potest. Nam in nostra specie utraque valet, quia reciprocantur invicem propter adjectionem conditionis; sed ea non existente cum filius vivit, sequitur, eum, dum vivit, neque exhæredatum fuisse, nostra *l. si filius* 28.

11 His, quæ hactenus diximus, perspicue refellitur etiam argumentum, quod ducitur ex *l. si filius* 16. *de liber. & posth.* nam & in specie ibi proposita solus filius erat institutus, atque adeo certum erat, neminem ex eo testamento hæredem fore *d. l. in fin.* & ideo iniquum erat, filium ab hæreditate excludere *d. l. ventre* 84. contra voluntatem patris, qui eum hæredem instituit, & posthumum vel errore, vel incogitantia præteriit: contra voluntatem filii, qui repellitur fortuito, quia in ejus potestate non est efficere, ut nascatur, vel non nascatur posthumus; utrumvis autem accidisset, hæres futurus erat. Itaque ei non obstat, quod potuerit nasci ultimo vitæ momento: quoniam si eo momento natus fuisset, ipse patri fuisset hæres ab intestato, & eodem modo ei successisset.

## CAPUT XXX.

*Ad L. qui duos* 18. §. 1. *ff. de man. test.*

### SUMMARIUM.

I *Ultimum instans an computaretur in vita hominis, Philosophi dubitabant.*

II *Jurisconsulti illud vitæ tribuendum esse non dubitaverunt.*

III *Extenditur L. ventre præterito* 84. *ff. de acquir. vel om. hær. & n.* IV. V. VI.

VII *Bonorum possessio per alium agnosci potest.*

VIII *Et ut acquiratur, opus est facto acquirere debentis.*

IX *Extenditur L. ult. ff. de cond. inst.*

HÆc conditio: *cum moriar, liber esto*: vitæ tempus complectitur. Hæc est certa & constans veterum Jurisconsultorum sententia. De hoc tamen ambigebant Philosophi, quorum *alii moriendi verbum atque momentum, manente adhuc vita dici atque fieri putaverunt; alii nihil in eo tempore vitæ reliquerunt; totumque illud, quod mori dicitur, morti vindicaverunt.* Ita Gellius *lib.* 6. *c.* 13. Subdit autem: *sed Plato noster neque vitæ id tempus, neque morti dedit.* Prodicus quoque apud Platonem, ut in Axiocho refertur: mortem ajebat neque cum viventibus esse, neque cum mortuis. Non cum illis, aut circa illos, quia vivunt; non cum his, quia amplius non sunt. Brevius Cicero *in prima Tusculana*, quia ab hoc dialogo pleraque sumpsit, quo facile inducor, ut credam eum Platonis esse. *Cum mors nec ad vivos pertineat, nec ad mortuos; alteri nulli sunt: alteros non attingit.* Fusius Sext. Empiricus *Pyrrhon. Hypotes. lib.* 3. *cap.* 14. *Si mortuus est Socrates, aut cum viveret, mortuus est: aut cum mortuus esset. Cum viveret, mortuus non est; is enim & vivus esset, & mortuus. Sed neque cum mortuus est, mori potuit: quia bis mortuus esset. Sane qui mortuus est, mori non potest.* Pluribus hæc prosequitur Sextus, ut rerum omnium scientiam evertat. Non absimili ratione Zeno motum evertere conabatur. Quocirca apud Aulum Gellium in notis *lib.* 6. *cap.* 13. scite Herophilus medicus ad curandum Diodorum, clarum in primis Dialecticum ac Philosophum, luxato humero ægrotantem ita carpsit: *Aut in quo erat loco humerus existens excidit, aut in quo non erat: at neque in quo erat, neque in quo non erat: non ergo exci-* 1

*excidit*. Sed has verborum tendiculas, cerarinaſque & crocodilinas averſantur Juriſconſulti, & pingui Minerva defunctorum voluntates interpretantur, ne per has exquiſitas ambiguitates, & acutas captiones illas evertant. Itaque in noſtra *l. qui duos* §. 1. Julianus etiam a ſuperiori regula recedit, ne ſubvertatur diſpoſitio teſtatoris. *Sed melius eſt*, inquit, *verba benignius interpretari*, *ut poſt mortem ſuam videatur teſtator ei libertatem reliquiſſe*. Contra cum multi impediendæ libertatis cauſa, in tempus mortis ipſius ſervi ei libertatem darent, ſcripſit Julianus, libertatem nullius momenti eſſe, cum impediendæ magis, quam dandæ libertatis gratia tempus mortis adjiciatur. *l. ult. in princ. ff. eod.*

2 Enimvero ut in propoſita quæſtione dicam, quod ſentio. Si tempus mortis intelligamus eſſe individuum, illud inſtans, quod inter vitam & mortem intercedit, veriſſima mihi videtur ſententia Platonis id nec vitæ, nec morti tribuendum. At hoc vero tempus non eſt, quoniam quantum non eſt, nec dividuum: ſed duo tempora vitæ, mortiſque jungit atque connectit. Si vero tempus extremum vitæ intelligamus, quo a vita diſcedimus, & anima a corpore ſeparatur (nihil enim eſt mors, niſi ſolutio & diſceſſus animæ a corpore, ut recte definit Plato in Phædone) utique veriſſima eſt noſtrorum ſententia: tempus hoc vitæ dandum eſſe. Etenim qui aliunde diſcedit, ibi eſt, unde diſcedit: neque enim poſſet inde diſcedere, niſi eſſet ibi. Igitur cum anima diſcedit a corpore, neceſſe eſt, ut ſit in corpore, a quo diſcedit ac ſeparatur. Viventes enim morimur, non mortui: neque enim mortuus poteſt mori, nec anima a corpore ſeparata poteſt amplius ab eo ſeparari. Quamobrem tum rationi, tum etiam veritati maxime conſentanea eſt opinio Juriſconſultorum, tempus extremum hominis vitæ tribuendum.

3 Hoc ſtabilito ac fixo, cujus effecta indicamus in ſuperiore, videamus, an unquam aliter reſponderint veteres Juriſprudentes. Occurrit autem primo, quod ſcribit Papinianus in *l. ventre præterito* 84. *ff. de acquir. vel omit. hæred.* ubi proponit hujuſmodi quæſtionem. Pater ventre præterito filium hæredem inſtituit: filius pleno ventre deceſſit. Ait, *iniquum eſſe filium decedentem hæredi ſuo relinquere nihil*, *& ideo decreto Prætoris ei ſuccurrendum*. Decreto ſuccurrit Prætor, cum jus deficit *l. ſcriptus* 12. *ff. de Carbon. edicto l. & mulieri ff. de curat. furioſ.* Ergo filius moriens pleno ventre non ſuccedit patri: & tamen ultimo vitæ momento certum fit, patrem inteſtatum deceſſiſſe, adeoque ei delatam eſſe hæreditatem, & eodem momento eidem acquiſitam *l. ſi filius* 16. *ff. de liber. & poſthum.* quam in ſuperiore uberius expoſuimus. Ergo Papinianus non putavit extremum tempus vitæ filii tribuendum.

Confugiunt plerique ad primum caſum laudatæ *l. ſi filius*, & fingunt etiam in 4
*l. ventre præterito* datum fuiſſe filio vel ſubſtitutum, vel cohæredem, a quibus teſtamentum ſuſtineatur, nec vivente adhuc filio deſtituatur, ut poſſit ab inteſtato ſuccedere. Mera mehercule divinatio. Mihi ſane exploratum eſt, ibi a Papiniano propoſitam quæſtionem tractari de jure prætorio, non autem de jure civili. Ita prorſus eſt, & multa ſunt, quæ mihi perſuadeant: 1. quia Papinianus proponit quæſtionem de filio emancipato, vel extero: Ibi: *ventre præterito*, *ſi filius*, *qui fuit emancipatus*, *vel exter hæres inſtitutus ſit*: atqui filius emancipatus, jure civili non ſuccedebat, ſed ſolum jure prætorio per bonorum poſſeſſionem §. *emancipati inſt. tit. de hæred. quæ ab inteſt. l. ſed cum* 6. §. 1. *ff. de bonor. poſſeſſ. l. liberi* 4. *ff. ſi tab. teſtam. null. extab. l. ult.* §. 1. *C. de legit. hæred.* 2. quia in fine legis perſpicue declarat, ſe agere de ſucceſſione prætoria. Ibi: *ideo decreto filio ſuccurrendum eſt*. Decreto autem a Prætore

tore fuccurritur, quoties deficit edictalis bonorum poffeffio, & filio non defertur ex edicto Prætoris fucceffio: urget tamen æquitas & naturalis ratio, quæ dictat eum auxilio Prætoris indignum non effe, ut in *l. illud* 4. §. *ult.* & in *l.* 5. *ff. de bon. poffef. contra tab. l. fi duobus* 14. §. *ult. ff. eod. l.* 7. *in princ. & in §. fi pupillus l. deceffit* 8. *in princ. ff. de Carbon. edict.* Deficit hic bonorum poffeffio edictalis, ut mox probavimus: & iniquum eft, videlicet contra Prætoriam æquitatem, filium privari beneficio Prætoris, quod omnibus elargitur. 3. quia cum Papinianus nominat filium in poteftate retentum, ut declaret, quantum ab eo differat emancipatus, ait: *fed fi vacuo ventre mulier fuit, & incerto eo filius in familia retentus vita deceffit, hæres fuiffe intelligitur: emancipatus, aut exter non aliter poffunt hæreditatem acquirere, quam fi non effe prægnantem fciant.* Rectiffime. Nam fuus hæres fit hæres ipfo jure fine ullo facto ~~proprio, etiam ignorans~~ ftatim ac certum effe incipit, eum hæredem futurum, five pofthumus nafcatur, five non nafcatur, *l. fi filius* 16. *in fin. ff. de lib. & pofthum. l. cum quidam* 30. §. *fuum ff. de acquir. hæred. l. illud* 4. *ff. de petit. hæred.* ut in fuperiore fufius expofuimus. Contra emancipatus, aut exter: cum non poffint acquirere hæreditatem, nifi eam adeant, aut bonorum poffeffionem petant, & neutrum facere poffint, nifi certum fit, fciantque mulierem non effe prægnantem, quia quamdiu rumpi poteft teftamentum, ex eo non defertur hæreditas, nec adiri poteft *l. quidam* 30. §. 1. *& §. five igitur ff. de acquir. vel omit. hæred. l.* 4. *in fin. ff. de bonor. poff. contra tab. l. qui uxorem* 15. *in fin. l. fi ego* 19. *in fin. ff. de injuft. rupt.* Tractatur igitur in hac lege quæftio principalis, ac præcipua de extero & emancipato, cui decretum eft neceffarium *l.* 4. *in fin. ff. de bon. poffef. contra tab.* Ibi; *quod maxime neceffarium in filio emancipato fcripto hærede, qui nec hæreditatem interim adire poteft*; non vero de filio in poteftate, cui non eft neceffarium, qui de jure civili hæres fuiffe intelligitur *d. l. ventre l. cum quidam* 30. §. *fuum ff. eod. illud ff. de petit. hæred.*

Atque reclamat vir imprimis acutus & doctus, *Bartholomæus Chefius lib.* 2. *interp. cap.* 9. qui animadvertit, quod fi fuus fuccederet civili, nulla effet neceffitas iniquitatis illius emendandæ, quod filius hæredi fuo relinquat nihil.

Sed non obfervavit vir apprime in legibus interpretandis eruditus, in hac eadem quæftione iifdem verbis ufum fuiffe etiam Paulum in *l.* 4. *ff. de bon. poff. contra tab. quia iniquum eft, neque quafi fcriptum petere poffe bonorum poffeffionem, quamdiu contra tabulas peti poteft: neque contra tabulas, quamdiu non nafcitur præteritus; ut & fi ante moriatur, bonorum poffeffionis beneficium ad hæredem tranfmittat.* Fufius explicat Paulus, quod preffius dixerat Papinianus. Nimirum cum Prætor ex æquitate bonorum poffeffionem introduxerit §. *quos autem in fin. inft. tit. de bonorum poff. l. fed cum patrono* 6. §. 1. *in fin. ff. eod.* & hoc beneficium omnibus largiatur, non folum his, qui a jure civili vocantur ad hæreditatem, fed etiam his, qui non vocantur §. 1. *&* 3. *inft. eod. l.* 1. *ff. quis ordo in bon. poff. l.* 1. §. *fed videndum* 11. *ff. de fuccef. edict.* iniquum effet, hoc beneficium liberis denegare, quorum prima femper caufa fuccefsionis eft, tum de jure civili, tum de jure prætorio. Et cum in propofita quæftione filio non competat ex edicto bonorum poffeffio, neque fecundum tabulas, quia ei non defertur fucceffio ex teftamento, quod rumpi poteft agnatione pofthumi: neque contra tabulas, quia eft inftitutus; inftituto autem non datur contra tabulas, nifi alius committat edictum *l.* 3. §. *fi quis ex liberis* 11. *ff. de bon. poff. contra tab. l.* 4. *ff. eod.* Prætor ex bono & æquo ei fuccurrit, dando decretalem bonorum poffeffionem, quæ datur deficiente edictali, ut

Digitized by Google

ut diximus supra. Cum enim filius, sive suus, sive emancipatus, futurus sit hæres patri, tam si nascatur, quam si non nascatur posthumus *d. l. ventre præterito ff. de acquir. hæred. l. si filius 16. ff. de liber. & posthum.* abhorret a Prætoris æquitate, eum privare suo beneficio, ut non transmittat ad hæredes suos successionem prætoriam, quam omnino habiturus esset, si viveret. Et hoc est, quod iniquum dicitur tam in *d. l. ventre* 84. quam in *d. l.* 4. Emendat igitur Prætor, decernendo bonorum possessionem filio vel emancipato, vel suo iniquitatem edicti, quod hunc casum minime comprehendit: non iniquitatem juris civilis. Quamquam in emancipato, qui a jure civili excludebatur a successione, corrigit etiam iniquitatem juris civilis *§. emancipati inst. tit. de hæred. quæ ab intest. l. sed cum patrono 6. §. 1. in fin. ff. de bonor. possess.* Propter emancipatum igitur præcipue datur hæc bonorum possessio, cui est maxime necessaria *d. l.* 4 *in fin.* sed quia Prætor omnes liberos eodem jure habet, tam suos, quam emancipatos, rescissa capitis diminutione *d. l. sed cum patrono 6. & d. §. emancipati in fin.* idcirco hoc beneficium etiam suo hæredi communicat maxime, quia eadem est in utroque ratio *d. l. ventre* 84. *in fin.*

6 Non tamen filio instituto dat bonorum possessionem secundum tabulas, sed contra tabulas, perinde ac si posthumus jam natus esset: quo casu ipsi bonorum possessio daretur contra tabulas, eaque commisso statim edicto competeret etiam filio instituto, sive posthumus eam peteret, sive omitteret, *l. nonnunquam* 14. *& l. seq. §. 1. ff. de leg. præst. l. si post mortem 10. §. ult. ff. de bon. poss. contr. tab.* Fingit autem Prætor potius natum fuisse posthumum, quam mortuum antequam nascatur, tum quia hoc humanius est, atque ejus æquitati magis consentaneum: tum quia, qui in utero est, fere semper pro jam nato habetur *l. penult. ff. de stat. hom. l. cum quidam 30. §. 1. in fin. ff. de acquir. hæred. l. sed etsi ad tempus 20. ff. ad SC. Trebell.* ubi de transmissione, de qua hic agimus.

Neque cuiquam scrupulum injiciat, quod 7 nec emancipato quidem necessaria videatur decretalis hæc bonorum possessio, cum ei competere possit etiam edictalis contra id, quod statuit Paulus in *d. l.* 4. Etenim bonorum possessio etiam ab alio agnosci potest nostro nomine 3. *§. acquirere ff. de bon. poss. l. bonorum 7. C. qui admitti*: secus ac hæreditas *l. per procuratorem 90. ff. de acquir. hæred.* Potest igitur filius ultimo vitæ momento bonorum possessionem acquirere, argumento text. *in l. si ejusmodi 5. ff. de hæred. instit.* in *l. si filius 16. ff. de lib. & posth.* in *l. ult. ff. de cond. inst.*

Porro hunc scrupulum evellere tam est 8 in proclivi, quam imber, quando pluit. Bonorum possessio non acquiritur ipso jure ignoranti & invito, quemadmodum hæreditas, quia est a Prætore, non a lege *§. quos autem inst. de bonor. possess.* ideo peti, agnosci, accipi debet a Prætore vel judice *l. ult. C. qui admitti*. Non agnita & accepta, non acquiritur ne quidem suis hæredibus, ut perspicue colligitur ex *l. 1. §. ibidem 8. D. de collat. bonor. ex d. l. ventre* 84. & ex *d. l.* 5. & probe errant, qui contra sentiunt. Nec ad rem facit, quod ab alio peti atque agnosci possit pro filio, cum moritur: tum quia non sufficit eam agnosci potuisse, si non fuerit agnita: tum quia etiam si fuisset agnita, nihilominus filio non fuisset acquisita, quia eo tempore non potuit ratam habere, nec sine ratihabitione potuit eam acquirere *d. l. 3. §. acquirere D. de bon. poss.* Ad acquisitionem igitur requiritur factum acquirentis, ideoque non potest filio acquiri postremo vitæ momento, ut clare probant illæ ipsæ leges, quæ opponuntur.

Jam vero eo, unde discessimus, regrediamur. Contra regulam initio propositam 9 opponi potest solutio quæstionis a Papiniano exposita in *l. ult. D. de condit.* in-

*instit.* In fine ejus legis hæc Papianiani verba referuntur. *Neque enim filius videretur obstetisse, post cujus mortem patris testamentum destituitur: quemadmodum si ex hæredato eodem filio, nepotes, cum filius moreretur, fuissent instituti.* Ergo conditio illa, *cum filius morietur*, existit post mortem ipsius filii, adeo tempus mortis non vitæ tribuitur, sed morti.

Quis hunc scopulum tuto ac sine prolapsione prætervehet, cum ipse Cujacius coactus fuerit ipsum abscindere, additis, mutatis, demptis quibusdam verbis pro arbitrio contra fidem omnium codicum & manuscriptorum? Quantum attinet ad regulam, quam explicamus, ea omnino subvertitur verbis Papiniani, nisi detrahantur illa verba: *cum filius moreretur*, quæ opportune detrahit Cujacius. Nam si nepotes sunt instituti, cum filius morietur, & nihilominus filius non obstat nepotibus, & post mortem ejus destituitur testamentum, palam est, conditionem illam, *cum morietur*, significare tempus post mortem. Veruntamen in hac sententia non fuisse Papinianum, pro certo habeo: sunt enim falsa omnia. Falsum, quod verba referantur ad tempus post mortem, & conditio illa non existat in vita filii, ut in superioribus demonstratum est oppido luculenter. Falsum, quod in proposita specie testamentum destituatur. Etenim vel exhæredatio illa pro pura accipienda est: vel pro conditionali. Si pura est exhæredatio, nulla causa est cur hæredes instituti non debeant ad hæreditatem admitti, ac propterea testamentum non destituetur, nisi repudiaverint. Si conditionalis est exhæredatio, ea nullius est momenti, adeoque testamentum non valet ab initio, cum filius in eo præteritus sit *l. sed si sub conditione* 16. *ff. de bonor. possess. contra tab. l.* 3. §. 1. *ff. de liber. & posth.* & in nostra specie ita respondit Julianus in *l. si ita scriptum* 13. *ff. eod. in* §. *ultimo. Testamentum, quod hoc modo scribitur: Titius post mortem filii mei hæres esto, filius exhæres esto, nullius momenti est; quia filius post mortem suam exhæredatus est.* Ergo si hæredes in nostra specie sunt instituti post mortem filii exhæredati, testamentum nullius est momenti. Quid ergo dicemus?

Ego, qui non facile adducor, ut leges violem eas corrigendo & emendando, hac in re a Chesio minime dissentio: nec ausim negare, Papinianum hic proposuisse & comparasse casum dissimilem, atque contrarium docendi gratia, non autem similem suæ opinionis confirmandæ causa. Moveor, quia comparatio, quæ fit per particulas, *quemadmodum*, *quomodo*, *sicut*, ut sæpissime quidem copulet res similes, sæpe tamen diversas atque contrarias, ut docet Valla *Elegantiar. lib.* 2. *cap.* 54. Cicer. *lib.* 1. *de invent. Similitudo autem in contrariis & paribus spectatur. In contrariis hoc modo &c.* & *lib.* 2. *postea comparare oportebit cum beneficio maleficium.* Comparationis, quæ fit ex contrariis, plura exempla vide in *Topic. non longe a fine.* Ibi: *specie autem comparantur &c.* & in *Orat. pro Muræn.* ubi Servium JC. Murænæ duci comparat ibi: *vigilas tu de nocte &c.* & in Verr. *lib.* 3. *ubi de frumento in exordio*, ubi Verrem Mummio comparat, & alibi passim. Quamobrem ambigua est oratio. Maxime vero cum primum membrum comparationis habet negationem. Tunc enim ambiguum & incertum est, an negatio intelligi debeat in secundo membro repetita, an vero omissa. Planius id explicabo. Ait Papinianus *neque enim filius videtur obstitisse: quemadmodum, si exhæredato eodem filio &c.* Si repetitam intelligamus negationem, dicendum ita: quemadmodum non videretur obstitisse, si filio exhæredato &c. & hoc modo particula *quemadmodum* indicat casum similem. Si vero eam repetitam non intelligamus, sed omissam, sicut vere omissa est, indicabit casum contrarium hoc modo: *neque enim filius videtur obstitisse, quemadmodum obstaret, si eo-*

*si eodem filio exhæredato &c.* Si ita dixerit: filius emancipatus non acquirit patris hæreditatem, quemadmodum suus hæres, utique non affirmo esse similes in acquirendo, sed dissimiles. Dixi paulo ante, bonorum possessio non acquiritur suo hæredi ignoranti & invito, quemadmodum hæreditas: utique hoc volui significare, hæreditatem suo hæredi acquiri ignoranti & invito: non autem id negare, sicut in primo membro negavi de bonorum possessione. Finge Fabium Maximum, cum suadebat Æmilio Paulo, ne pugnaret cum Annibale, ei dixisse: cave ne pugnes cum Annibale; quemadmodum L. Flaminius ad Trasymenum. His verbis affirmasset; non negasset L. Flaminium ad Trasymenum pugnasse. Luc. in Evangel. *c.* 18. *vers.* 11. *Non sum sicut cæteri homines raptores, injusti, adulteri, velut etiam hic publicanus.* Non negat hunc publicanum, cæterosque homines esse raptores, injustos &c. quod de se negat, de illis affirmat. Cic. *de Amicit. Non sicut vulgus, sed ut eruditè solent appellare sapientem.* Plaut. in *Mostell. Non omnes possunt olere unguenta, exotica sicut tu oles.* Cic. in *Topic. Non quemadmodum, quod mulieri debes, recte ipsi mulieri sine tutore auctore solvas: ita quod pupillæ, aut pupillo debeas, recte possis eodem modo solvere.* Hæc oratorie: si autem docendi gratia brevius iisdem fere verbis exprimere velis, ita efferre possis. *Non recte pupillæ, aut pupillo sine tutore auctore solvas, quemadmodum mulieri.* Eadem forma dicendi usus est Papinianus in laudata *l. ult.*

*FINIS LIBRI QUARTI.*

576362

Digitized by Google

Digitized by Google